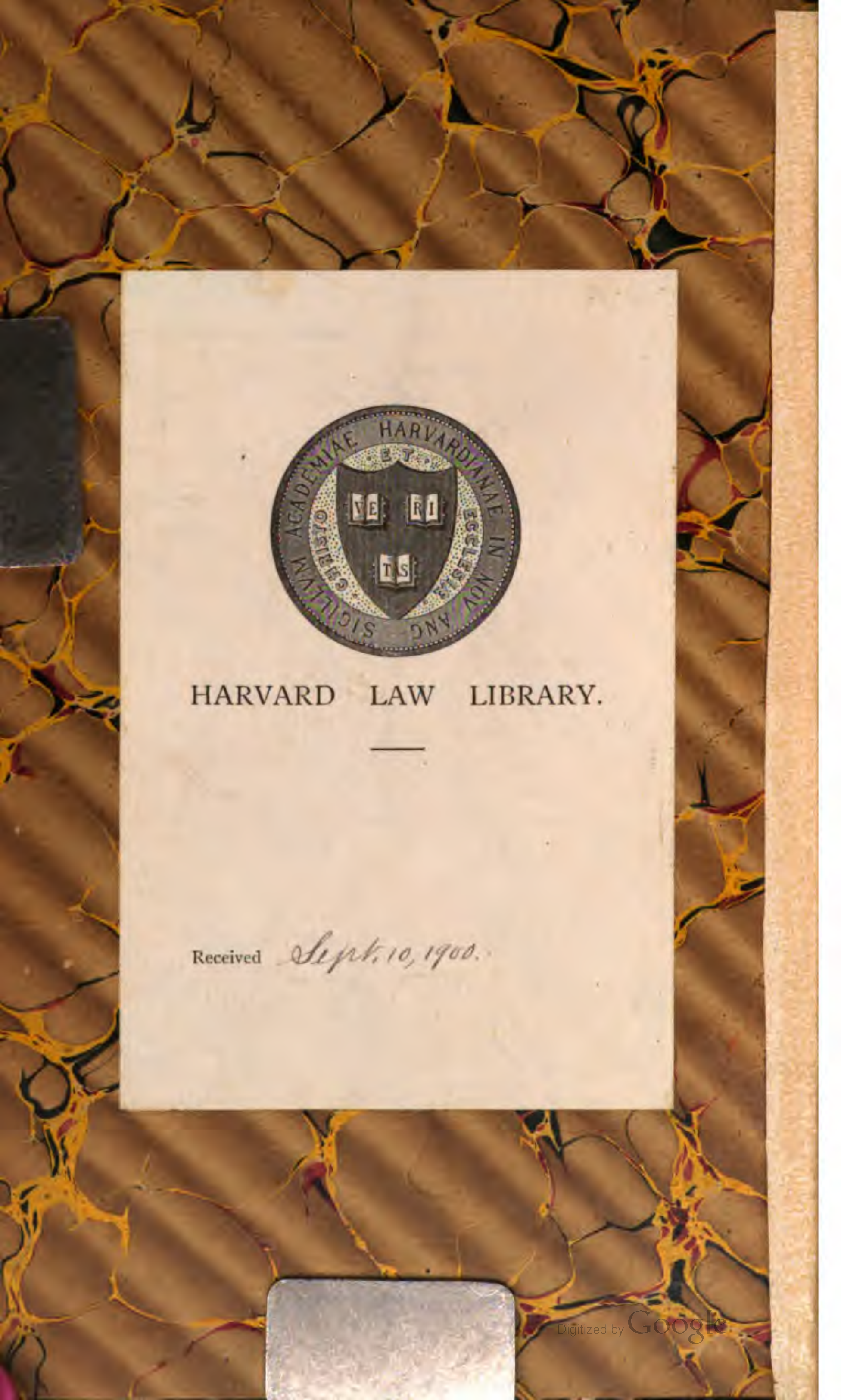



HARVARDANAE IN NOV ANG
ACADEMIAE
SIGILLUM
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS
HARVARD LAW LIBRARY.
Received Sept. 10, 1900.
Digitized by Google



Belgium

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

Bruxelles. — Typ. BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

FRANÇAIS

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

TOME DEUXIÈME.

(3e EDITION.)



BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie,
ÉDITEURS,
RUE BLAES, 33.

PARIS.
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ
A. CHEVALIER-MARESCQ, SUCCESSEUR,
RUE SOUFFLOT, 20.

1878

Rec. Sept. 10, 1900.

TITRE II.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

SECTION I. — Des officiers de l'état civil.

§ Ier. *Des officiers de l'état civil en France.*

1. On lit dans le rapport que Siméon fit au Tribunat sur le titre II : « La Révolution trouva les registres de l'état civil dans les mains des curés. Il était assez naturel que les mêmes hommes dont on allait demander les bénédictions et les prières aux époques de la naissance, du mariage et du décès, en constatassent les dates, en rédigeassent les procès-verbaux... Il faut avouer que les registres étaient bien et fidèlement tenus par des hommes dont le ministère exigeait de l'instruction et une probité scrupuleuse... Ils n'ont pas toujours été heureusement remplacés dans cette fonction importante : on a fréquemment remarqué dans plusieurs communes des inexactitudes, des omissions, quelquefois même des infidélités, parce que dans les unes ce n'était plus l'homme le plus capable, et dans

d'autres le plus moral qui était chargé des registres (1). » S'il en est ainsi, faut-il regretter que les lois révolutionnaires aient enlevé la rédaction des actes de l'état civil aux ministres du culte catholique pour la confier à des officiers publics? La question a encore une autre face, et c'est de beaucoup la plus importante. Notre constitution porte, article 109 : « La rédaction des actes de l'état civil et la tenue des registres sont exclusivement dans les attributions des autorités communales. » Pourquoi une loi constitutionnelle s'occupe-t-elle des actes de naissance, de mariage et de décès? pourquoi exclut-elle l'intervention du clergé dans la rédaction de ces actes? pourquoi charge-t-elle des autorités laïques de ce soin? C'est parce qu'il y a en cause un principe fondamental des sociétés modernes, la sécularisation de tout ce qui tient à l'ordre civil. Il importe de mettre le principe dans tout son jour.

2. Nous ne remonterons pas à l'antiquité, pas même au moyen âge pour rechercher comment les Romains et les Barbares constataient l'état civil. L'histoire, quelque intéressante qu'elle soit, ne peut trouver place dans nos *Principes* que pour autant qu'elle sert à éclaircir un point de droit. Il suffit à notre but de dire quel était l'état de la législation française avant 89, et pourquoi la Révolution y apporta un changement radical. Quand le clergé commença à rédiger des actes de naissance, de mariage et de décès, ce n'était pas dans le but de constater l'état civil des hommes; il n'avait en vue que les intérêts de la religion, et rien de plus légitime. C'est le législateur laïque qui mit les pratiques religieuses à profit pour faire servir les registres tenus dans chaque paroisse à la preuve de l'état des citoyens. L'ignorance était si universelle que l'on ne pouvait guère songer à charger les officiers municipaux de la rédaction de ces actes. D'ailleurs, les rapports intimes qui existaient, dans l'ancienne monarchie, entre l'Eglise et l'Etat faisaient considérer comme une chose toute naturelle que les ministres du culte catholique fussent investis d'une fonction civile; il n'était pas encore

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 94, n° 2.

tion de séculariser l'état des hommes. Voilà pourquoi onnance de Blois de mai 1579 ordonna de se servir registres de baptêmes, mariages et sépultures tenus les curés ou leurs vicaires pour prouver en justice les de naissance, de mariage et de décès. L'ordonnance 667, connue sous le nom de code civil, régularisa cet re de choses.

. Ainsi le législateur chargea les ministres d'un seul e de la rédaction d'actes qui intéressent tous les nmes, à quelque religion qu'ils appartiennent. La con- on de l'Etat et de l'Eglise explique cette anomalie. nt que les protestants jouirent de la liberté religieuse, ordonnances avaient peu d'inconvénients; l'édit même leur assurait la liberté du culte statuait que les actes l'état civil qui les concernaient seraient reçus par les nistres réformés. Mais quand Louis XIV révoqua l'édit Nantes, il n'y eut plus de ministres, plus de consis- res. Comment les malheureux réformés constataient-ils ors l'état de leurs femmes et de leurs enfants? L'édit 1685, article 8, veut que les enfants qui naîtront de rents de la religion prétendue réformée soient doréna- nt baptisés par les curés des paroisses, et enjoint aux res et mères de les envoyer aux églises à cet effet, à ine de 500 livres d'amende, et de plus grande peine s'il échet. Ainsi les parents étaient obligés d'apostasier, sous peine d'amende et de plus grande peine! » L'Eglise omprenait si peu la tolérance, même purement civile, que on entendit les assemblées générales du clergé se plain- lre amèrement, vers le milieu du XVIIIe siècle, que cet hor- ible édit n'était plus exécuté (1). Les réformés préféraient aire baptiser leurs enfants par leurs ministres, au risque le compromettre leur état; car il va sans dire que les actes de baptême dressés par des prédicants n'avaient aucune valeur légale.

On ne pouvait pas empêcher les protestants de mourir; mais les lois de l'Eglise et de l'Etat défendaient de les enterrer dans les cimetières exclusivement réservés aux

(1) Voyez mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. XIV, p. 289 et suiv.

catholiques. En 1736, le législateur voulut bien accorder une sépulture aux réformés, et par suite une preuve de leur décès, sans l'intervention des curés. C'était un premier pas vers la sécularisation. Restait toutefois l'édit sur les relaps. Etaient considérés comme tels tous ceux qui, convertis en apparence, retournaient à leur foi et repoussaient les secours spirituels des ministres du culte catholique; leurs cadavres étaient traînés sur la claie et jetés à la voirie!

Quant aux mariages, il n'y avait qu'un moyen pour les réformés de contracter une union légitime, c'était de la faire célébrer par l'Eglise, et par conséquent d'apostasier. Ceux dont la conscience se prêtait à cette hypocrisie commençaient par suivre avec assiduité les offices divins, ils allaient à confesse et à communion. A peine mariés, les époux ne mettaient plus le pied à l'église : la comédie sacrilége était jouée! On lit dans un rapport adressé en 1726 par le grand prévôt de la cathédrale de Nîmes au cardinal Fleury : « Après avoir profané le sacrement qui les unit, ils sont également enracinés dans leurs premières erreurs, ce qui est si infaillible qu'à peine depuis quarante ans en a-t-on vu qui aient été fidèles aux promesses solennelles qu'on avait exigées d'eux avant leur mariage. Il est surprenant que l'on ne soit pas sensible à un si grand abus et à des profanations si manifestes. Il semble qu'il ne saurait y avoir d'extrémités qui ne soient préférables (1). » La plupart des réformés reculaient devant ces farces abominables et faisaient célébrer leur union par les prédicants qui, au péril de leur vie, pénétraient en France. Ecoutons un discours tenu, le 15 décembre 1778, dans l'assemblée des chambres du parlement de Paris : « Depuis 1740, plus de 400,000 mariages ont été célébrés au désert: source féconde de procès scandaleux! Des hommes avides contestent à leurs proches leur état pour envahir leur fortune. Des hommes parjures implorent le secours de la justice pour rompre des nœuds formés sous la bonne

(1) *L'Accord parfait de la nature et de la raison*, par un gentilhomme de Normandie, t. II, p. 103.

» Les magistrats étaient pour la plupart aussi into-
s que les lois qu'ils avaient mission d'exécuter. Un
du parlement de Bordeaux du 21 mai 1749 enjoi-
quarante-six personnes mariées de se séparer, en
éfendant de se fréquenter, à peine de punition exem-
; il flétrit leur cohabitation de concubinage et leurs
ts de bâtards. Un autre arrêt de la même cour con-
a les hommes aux galères et les femmes à être
s et renfermées dans un hôpital auquel leur dot
t appliquée; et il ordonna que les certificats des
stres seraient brûlés par l'exécuteur de la haute jus-
(2).

oici le commentaire qu'un écrivain catholique fait de
affreuse législation : « Tant il est vrai, s'écrie-t-il,
n'exista jamais de religion plus véritablement tolé-
e que la religion catholique, et de gouvernement plus
rnel que celui de nos rois (3)! » On voudrait faire la
re de la tolérance catholique et du régime paternel
rois très-chrétiens que l'on ne pourrait pas mieux
. Nous n'avons aucune envie de faire de la polémique
gieuse dans un livre de droit; nous nous bornons à
istater les faits; il n'y a pas de meilleure justification
lois révolutionnaires qui sécularisèrent l'état civil.

4. Pendant que l'Eglise s'obstinait dans son intolé-
nce, les philosophes prêchaient l'humanité et la justice.
ur voix se fit entendre jusqu'au pied du trône. L'édit
1787 rendit l'état civil aux protestants. Ce n'était pas
e loi de liberté. « La religion catholique, dit le roi
ns le préambule, jouira seule dans notre royaume des
oits et des honneurs du culte public, tandis que nos
utres sujets non catholiques, privés de toute influence
ur l'ordre établi dans nos Etats, ne tiendront de la loi
ue ce que le droit naturel ne nous permet pas de leur
efuser. » On dirait que la vieille royauté ne cédait qu'à
egret aux vives réclamations de la philosophie : tout en

(1) Paroles de M. de Brétinières, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Religionnaires*, § 6.
(2) Merlin, *ibid.* (t. XXVIII, p. 19 de l'édition in-8°).
(3) Hutteau d'Origny, *de l'Etat civil*, p. XIII.

faisant des concessions aux réformés, elle proteste qu'elle entend rester intolérante. En effet, l'édit ne rend aux réformés que les droits dont on s'étonne qu'ils aient jamais été dépouillés. Ils n'étaient plus forcés de faire célébrer leurs mariages devant les ministres du culte catholique ; il leur suffisait de se présenter devant le tribunal de leur domicile, et le juge les déclarait unis au nom de la loi. Les naissances et les décès pouvaient également être enregistrés dans les tribunaux. Enfin l'autorité municipale devait pourvoir à l'inhumation de ceux qui n'avaient pas droit à la sépulture ecclésiastique (1).

Croirait-on que cet édit, qui n'était pas même un édit de tolérance, fut attaqué avec une violence extrême par les catholiques? Quand il fut présenté au parlement pour y être enregistré, le conseiller d'Eprémesnil s'écria en montrant à ses collègues une image du Christ : *Voulez-vous le crucifier encore une fois ?* Ainsi c'est crucifier le Christ que de permettre aux réformés de naître, de se marier et de mourir sans l'intervention de l'Eglise ! Un évêque osa dire au roi qui avait signé l'édit : « Vous répondrez, sire, devant Dieu et devant les hommes, des malheurs qu'entraînera le rétablissement des protestants : Madame Louise, du haut des cieux où ses vertus l'ont placée, voit votre conduite et la désapprouve! » Une assemblée générale du clergé se réunit en 1788. Déjà le souffle de la révolution agitait tous les esprits. Mais les hommes du passé ne voyaient pas les signes du temps; les hauts prélats, évêques et abbés, firent des remontrances au roi contre l'édit de 1787. Alors même que les électeurs se réunirent pour rédiger leurs cahiers, les ministres du culte catholique osèrent demander que l'on rétablît la loi qui ordonnait aux protestants de faire baptiser leurs enfants dans les églises paroissiales (2).

5. La philosophie demandait plus que ce que la vieille monarchie n'était disposée à accorder. Condorcet formula

(1) L'édit de 1787 se trouve dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Religionnaires*, § 6 (t. XXVIII, p. 25).
(2) Voyez le tome XIV de mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, p. 297 et suiv., 374 et suiv.

ses vœux en disant que l'état civil des hommes devait être indépendant de leurs croyances religieuses. « Dans un Etat, dit-il, où tous les citoyens ne professent pas la même religion, et où, parmi ces religions, il y en a qui regardent l'assistance aux cérémonies des autres cultes comme un crime, les formalités nécessaires à la validité des mariages ne doivent pas être mêlées à des cérémonies religieuses (1). » Il est presque inutile d'ajouter que ce qui est vrai du mariage, l'est de l'état civil en général. L'Assemblée constituante fit droit à ces vœux en déclarant que le pouvoir législatif établirait pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les mariages, les naissances et les décès seraient constatés, et qu'il désignerait les officiers publics qui en recevraient et conserveraient les actes. Cette déclaration fut insérée dans la constitution de 91 (2); c'était proclamer la haute importance du principe de sécularisation et témoigner la volonté qu'il fût respecté comme une règle constitutionnelle. La loi du 20 septembre 1792 régla tout ce qui concerne *l'état civil des citoyens.* Nous citerons quelques traits de la discussion qui révèlent l'esprit de la législation révolutionnaire. Muraire, le rapporteur, justifia la sécularisation en deux mots : « Le citoyen, dit-il, appartient à la patrie, indépendamment de toute religion (3). » Pour les naissances et les décès, cela est d'une évidence telle, que la réaction même dans laquelle nous sommes engagés n'a pas songé à le contester. Il n'en est pas de même du mariage. Non que la chose ne soit tout aussi évidente, mais l'intérêt que l'Eglise a à dominer sur les futurs époux, la pousse à revendiquer pour elle seule la célébration du mariage, en identifiant le contrat avec le sacrement. Au moment où le législateur laïque osa séparer ce que l'Eglise déclarait inséparable, il sentit la nécessité de justifier cette grande innovation. C'est un contrat civil, dit Muraire, parce qu'il est la base de la société humaine. Il

(1) Condorcet, *Sur l'état civil des protestants* (Œuvres, t. V, p. 496, édition d'Arago).
(2) Constitution de 1791, titre II, art. 7.
(3) *Moniteur* du 16 février 1792.

est vrai que le sacrement a été lié au contrat, en vertu du droit canonique, mais il n'est pas de l'essence du mariage, et si en France il a été regardé comme tel, c'est uniquement parce que la puissance civile l'a mis au nombre des formes nécessaires pour la validité du mariage. Les auteurs les plus attachés à la juridiction ecclésiastique reconnaissent que le sacrement n'est qu'un simple accessoire dans le mariage. « Je demande, en effet, s'il n'y avait pas de mariage légitime ailleurs que parmi les catholiques. Je demande si les calvinistes n'étaient pas très-légitimement unis après avoir abjuré leur croyance. Le mariage n'est donc qu'un contrat civil; et si c'est un contrat, c'est à la puissance séculière à en régler les formes. De longues usurpations ne peuvent pas servir de prescription contre la souveraineté (1).

La conclusion est évidente. Si, dans l'ancien régime, il fallait s'adresser aux ministres du culte catholique pour faire constater les naissances, les mariages et les décès, c'est que le catholicisme était la seule religion légale, c'est que la religion se confondait avec l'État. De là l'horrible législation sur les protestants. La Révolution proclama la liberté religieuse. Dès lors aucune religion ne doit avoir un empire quelconque dans l'ordre civil, car toute action qu'on lui donnerait serait une atteinte aux droits des autres cultes. « Pourquoi, dit Muraire, celui qui ne reconnaîtrait pas les ministres, quant au culte, serait-il obligé de les reconnaître pour faire constater son état civil? » C'était l'opinion universelle parmi les hommes de 89. Les membres les plus modérés de l'Assemblée législative proclamèrent avec énergie le principe de la sécularisation de l'ordre civil. Ecoutons Pastoret : « Il n'y a rien de commun entre la religion et la loi, ni dans leur objet, ni dans leurs causes, ni dans leurs effets; car les lois civiles doivent être le résultat de la raison humaine, et l'on sait bien que la religion est au-dessus d'elle. Comment la loi n'aurait-elle pas seule le droit d'assurer notre état civil? Le citoyen lui appartient

(1) *Moniteur* du 20 juin 1792.

nécessairement, et il peut n'appartenir à aucune des religions du pays qu'il habite. Où en seraient les législateurs, s'ils étaient obligés de façonner sans cesse leurs pensées et leurs principes à toutes les idées religieuses des hommes (1)! »

6. La tribune de l'Assemblée législative retentit d'amères récriminations contre les empiétements de l'Eglise, contre son ambition et sa cupidité. « Elle ne s'était pas seulement emparée de l'homme, dit Pastoret, vers le milieu de la vie et dans le berceau de l'enfance ; il n'était plus, et elle étendait encore sur lui son empire : elle seule avait le droit de lui donner, que dis-je de lui donner ? de lui vendre un tombeau ; la terre même qui devait l'enfermer, la poussière qui devait le couvrir, prenaient un caractère religieux. On nous parlait de terre sainte et de terre profane. Ah! si la terre sainte eût exprimé celle que la patrie avait réservée aux mânes de la vertu ! Mais pour y être enseveli, il suffisait d'avoir paru adopter pendant sa vie les opinions du prêtre catholique ; et pour en être exclu, d'avoir paru leur préférer les dogmes de Calvin ou d'un autre sectaire. Vous aurez encore la gloire d'avoir fait disparaître cette pieuse inhumanité (2). » « Cette loi, disait le rapporteur, doit porter les derniers coups aux abus de la puissance ecclésiastique, resserrer les ministres du culte dans leurs fonctions, et nous garantir d'une influence dont on a trop senti les dangers (3). »

La France secouait le joug que le trône et l'autel lui avaient imposé. Ce sont des esclaves affranchis qui brisent leurs chaînes. Cela explique et excuse la violence de leur langage. « L'ambition sacerdotale, s'écrie Vergniaud, tantôt insolente, tantôt astucieuse et hypocrite, mais toujours active, trouva le moyen de s'emparer de l'homme dès l'instant où la nature l'appelle à la vie et de le tourmenter dans tous les points de son existence. »

(1) *Moniteur* du 20 juin 1792
(2) *Moniteur* du 21 juin 1792.
(3) *Moniteur* du 16 février 1792.

Les hommes de 1792 rompaient ouvertement avec l'Eglise, comme avec la royauté, sa complice. Mais l'Eglise se laissera-t-elle dépouiller de sa puissance séculaire sans résister? On prévoyait la résistance; Vergniaud la flétrit en la taxant d'avance d'imposture et de folie. On dira qu'en décrétant que les mariages se contracteront devant un officier civil, nous avons voulu anéantir le sacrement et détruire la religion. Vergniaud proteste contre ces imputations de la calomnie : « Qui donc veut empêcher les catholiques de suivre les cérémonies de l'Eglise lors de leurs mariages, et les autres citoyens de pratiquer celles de leur culte? Il s'agit seulement de décréter que ces cérémonies étant purement religieuses, et conséquemment hors de la portée de la loi, les mariages seront constatés sans distinction de culte (1). » Le législateur crut devoir insérer dans la loi même la déclaration de ses intentions; on lit dans l'article 6 que la loi n'entend ni innover ni nuire à la liberté qu'ont tous les citoyens de consacrer les naissances, mariages et décès par les cérémonies du culte auquel ils sont attachés et par l'intervention des ministres de ce culte.

Ces protestations auraient calmé les consciences, s'il n'y avait eu des hommes intéressés à les troubler. Le décret défendait à toute personne de s'immiscer dorénavant dans la tenue des registres destinés à constater les naissances, mariages et décès. Au mépris de cette défense, les évêques, sous le prétexte de constater l'état religieux des catholiques, enjoignirent aux curés de tenir un registre double; ils défendirent d'accorder la bénédiction nuptiale à ceux qui refuseraient de se laisser proclamer à l'église. Cette résistance se couvrait des voiles de la liberté, pour ruiner la vraie liberté que le décret de 1792 consacrait dans l'ordre civil. Le conseil exécutif de la République adressa une proclamation à la nation, où il dénonça les menées des évêques et menaça de les poursuivre comme réfractaires à la loi (2). On sait que la lutte conti-

(1) *Moniteur* du 11 avril 1792.
(2) Proclamation du 22 janvier 1793 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 13).

nue et sanglante. Toutefois le principe de la sécularisation l'emporta; il fut maintenu par le gouvernement consulaire, alors même qu'il se décida à rétablir les autels. La loi du 10 germinal an x permit aux ministres du culte de tenir des registres concernant l'administration des sacrements, mais elle eut soin d'ajouter qu'ils ne pourraient, dans aucun cas, suppléer les registres ordonnés par la loi pour constater l'état civil des Français (art. 55).

7. Le projet de code civil maintint le principe établi par la loi de 1792. Ce fut une des rares dispositions qui trouvèrent faveur au sein du Tribunat, héritier des idées de 89. Duchesne, le premier rapporteur, dit que la loi met fin à une antique usurpation, en restituant à l'autorité civile des droits que les préjugés religieux lui avaient enlevés (1). Benjamin Constant applaudit à la sécularisation, qui séparera à jamais le pouvoir civil de ce que l'on nommait autrefois la puissance religieuse. « Les ministres d'un culte quelconque, dit-il, ne s'empareront plus de l'état civil des citoyens, pour puiser dans ce ministère de tous les instants, en rapport avec toutes les classes de la société, des moyens d'influence également dangereux aux gouvernants et aux gouvernés (2). » Le tribun Siméon fit une remarque très-juste dans le second rapport sur le titre II. Il ne faut pas croire, dit-il, que la sécularisation de l'ordre civil ne se justifie que par la diversité des religions professées en France. « Quand même tous les Français suivraient le même culte, il serait bon encore de marquer fortement que l'état civil et la croyance religieuse n'ont rien de commun; que la religion ne peut ôter ni donner l'état civil; que la même indépendance qu'elle réclame pour ses dogmes et pour les intérêts spirituels, appartient à la société pour régler et maintenir l'état civil et les intérêts temporels (3). » Rien de plus juste : la sécularisation n'est pas un principe temporaire, c'est

(1) Séance du 3 nivôse an x (*Archives parlementaires*, t. III, p. 230).
(2) Séance du 4 nivôse an x (*Archives parlementaires*, t. III, p. 260).
(3) Rapport de Siméon, fait au nom de la section de législation du Tribunat (Locré, t. II, p. 94, nº 5).

une maxime d'une vérité éternelle et une des conquêtes les plus précieuses de 89.

8. En décrétant la sécularisation, le législateur devait organiser un corps d'officiers laïques chargés de la tenue des registres. C'était une grande difficulté. L'établissement d'officiers spéciaux eût entraîné une dépense énorme. Et comment trouver, dans chaque commune, un homme capable, alors que l'ignorance était encore universelle ? On préféra charger les municipalités de la rédaction des actes de l'état civil. C'est le système de la loi de 92, et il est entré définitivement dans nos mœurs. Sans doute l'exécution de la loi se fit longtemps avec négligence, avec irrégularité. C'était un mal inévitable, et qui ne sera entièrement corrigé que lorsque le législateur comprendra que son premier devoir, comme sa plus belle mission, est de répandre l'instruction à flots.

D'après la législation belge, c'est le collége des bourgmestre et échevins qui est chargé de la tenue des registres de l'état civil (1). L'article 93 de la loi communale porte que le bourgmestre remplit les fonctions d'officier de l'état civil ; mais le collége peut aussi désigner un échevin. Ainsi l'échevin reçoit sa mission du collége et non du bourgmestre. En cas d'empêchement, il est remplacé momentanément par le bourgmestre ou par un autre échevin, et au besoin par un conseiller communal, dans l'ordre des nominations respectives. Il va sans dire qu'on suit la même règle quand il s'agit de remplacer le bourgmestre, là où il remplit les fonctions d'officier de l'état civil.

§ II. *Des actes de l'état civil reçus à l'étranger.*

N° 1. DU DROIT COMMUN.

9. Aux termes de l'article 47 du code Napoléon, « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays. » C'est une application de l'adage : *Locus regit actum*. L'article 47 ne parle pas de

(1) Loi du 30 mars 1836, art. 93.

l'officier étranger. Est-ce un oubli? Il est certain que s'il y a des officiers institués pour recevoir les actes de l'état civil, leur intervention sera nécessaire pour que les actes fassent foi. Mais il se peut que l'état civil ne soit pas organisé comme il l'est par la législation française; peu importe, l'acte n'en fera pas moins foi s'il est reçu d'après les formes du pays où il est passé. Il faut dire plus. Supposons que les naissances, mariages et décès se prouvent par témoins, d'après la législation étrangère; la preuve testimoniale serait aussi reçue en France. En effet, le mode de preuve est essentiellement un statut réel (1). On pourrait donc invoquer l'adage, sinon dans ses termes, au moins dans son esprit.

10. L'article 47 pose la règle générale; il s'applique à *tout* acte de l'état civil, et quelles que soient les personnes qui y figurent, françaises ou étrangères. Il y a encore un autre mode de recevoir les actes de l'état civil à l'étranger; mais il concerne exclusivement les Français. D'après l'article 48 du code Napoléon, « tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable, s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou par les consuls. » Quand nous disons que les Français seuls peuvent se prévaloir de cette disposition, cela veut dire que les agents français à l'étranger n'ont aucune compétence pour dresser des actes qui concernent des étrangers. Mais il ne faut pas entendre ce principe en ce sens que les étrangers en France ne puissent recourir à un agent diplomatique de leur nation pour faire rédiger un acte de l'état civil. L'article 48 est fondé sur une fiction admise par le droit des gens, fiction en vertu de laquelle l'hôtel de l'ambassadeur ou du consul est censé faire partie du pays qu'il représente. Cette fiction est consacrée par un usage universel, elle peut donc être invoquée partout, bien entendu pourvu que le statut personnel de l'étranger n'y fasse pas obstacle; s'il défendait aux agents diplomatiques de recevoir des actes de l'état civil, il est évident que l'étranger ne pourrait pas se prévaloir de l'article 48.

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 115, n° 80.

L'application du principe posé par l'article 48 ne souffre aucune difficulté quand il s'agit d'un acte de naissance ou de décès. On n'a jamais soutenu qu'un étranger puisse s'adresser à un agent diplomatique français pour faire recevoir un acte qui le concerne exclusivement. Quelle en est la raison? Il importe de la préciser, parce qu'elle nous servira à décider une question controversée. C'est une fiction qui sert de base au principe; or, il est de l'essence des fictions qu'elles doivent être restreintes dans les limites de la nécessité ou de l'utilité qui les a fait établir. La fiction de l'exterritorialité a été admise par le droit des gens, d'abord pour garantir l'inviolabilité des agents diplomatiques : ce motif est étranger au droit civil. Si l'on a aussi admis que ces agents peuvent recevoir certains actes, c'est par voie de conséquence. Ils sont censés être en France; pourquoi ne recevraient-ils pas des actes qui intéressent les Français? Mais peut-on aller plus loin et dire : « L'ambassadeur, en son hôtel, est censé se trouver sur le territoire français ; si on lui accorde une juridiction gracieuse, il doit l'avoir dans la même étendue que s'il était réellement en France; or, l'officier de l'état civil en France est compétent pour les étrangers aussi bien que pour les indigènes : donc il en doit être de même pour les agents diplomatiques. » Ce raisonnement serait très-mauvais, car il confond la fiction et la réalité, et il étend les effets de la fiction au delà des bornes pour lesquelles elle a été créée. Il est de toute évidence que la fiction qui considère l'hôtel de l'ambassade française à Bruxelles comme faisant partie de la France n'a pas été établie pour les Belges; donc les Belges ne peuvent pas l'invoquer. La fiction n'a été introduite que dans l'intérêt de la nation française; donc les Français seuls en peuvent profiter.

11. Nous allons appliquer le principe à une question qui est controversée. Les agents diplomatiques peuvent-ils célébrer le mariage d'un Français avec une étrangère? Il y a d'abord une question préalable à vider. Ces agents sont-ils compétents pour célébrer les mariages, fût-ce entre Français? Le texte de l'article 170 donne lieu à un

doute; il porte que « le mariage contracté en pays étranger, entre Français et entre Français et étrangers, sera valable, *s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays.* » On le voit, le code rappelle l'article 47, il ne rappelle pas l'article 48; il semble donc refuser aux agents diplomatiques le droit de célébrer des mariages (1). Cette opinion n'a pas trouvé faveur, et avec raison. Ce n'est pas l'article 170 qui détermine la compétence des agents diplomatiques, c'est l'article 48; or, cette disposition est conçue dans les termes les plus généraux : *tout* acte, dit la loi, donc aussi le mariage qui est l'acte le plus important. Il n'y avait d'ailleurs aucune raison pour exclure le mariage. Si l'article 170 ne mentionne pas les agents diplomatiques, c'est parce qu'il parle simultanément du mariage entre Français et du mariage entre Français et étrangers; or, dans ce dernier cas, les agents diplomatiques sont incompétents (2).

Ils sont incompétents, disons-nous. La loi le dit formellement. Tandis que l'article 47 reconnaît la compétence des officiers étrangers pour les actes qui concernent les Français et les étrangers, l'article 48 ne parle que des actes de l'état civil des Français. Vainement dit-on que l'agent diplomatique est compétent parce que l'un des futurs époux est Français; cette interprétation pourrait se concilier à la rigueur avec les termes de l'article 48, mais elle doit être rejetée parce qu'elle est contraire à l'essence de la fiction dont cet article consacre une conséquence. On a présenté le même argument sous une autre forme. Le mariage célébré en France, dit-on, devant un officier public français est valable, alors que l'une des parties est étrangère, alors même que l'officier est incompétent à son égard; or, le mariage célébré à l'étranger devant un agent diplomatique français est réputé célébré en France; on doit donc appliquer le même principe (3). Nous nous étonnons de voir reproduire sans cesse des

(1) C'est l'opinion de Favard de Langlade, *Répertoire*, au mot *Mariage*, sect. III, § 2.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 506, n° 312.
(3) Mourlon, *Répétitions sur le code Napoléon*, t. Ier, p. 169, note

objections auxquelles il a été répondu d'une manière péremptoire. Si l'officier civil peut célébrer en France un mariage, bien qu'il soit incompétent à l'égard de l'une des parties, c'est parce que son ministère s'étend réellement à tous ceux qui habitent le territoire; tandis que la compétence des agents diplomatiques reposant sur une fiction est bornée par cela même aux Français dans l'intérêt desquels elle a été établie (1).

La jurisprudence est conforme à notre doctrine. En 1793, un secrétaire d'ambassade épousa à Constantinople, devant le vice-consul de France, une demoiselle Summaripa, mineure; ils vinrent en France et ils y vécurent comme époux pendant vingt et un ans. En 1814, le père de la demoiselle Summaripa attaqua le mariage, comme ayant été célébré par un officier public qui n'avait aucune qualité pour marier une sujette du Grand-Seigneur. La cour de cassation décida, par un arrêt célèbre, que les agents diplomatiques et les consuls ne peuvent recevoir que les actes de l'état civil qui intéressent les Français, les lois et les agents de France n'ayant de pouvoir à l'étranger que sur les nationaux (2).

La cour de Bruxelles a consacré la même doctrine. En 1848, le sieur de Robiano épousa à Francfort une demoiselle Koppen, Anglaise; le mariage fut célébré en l'hôtel de l'ambassade anglaise par un chapelain anglican. Les parties vécurent comme époux pendant trois ans, deux enfants naquirent de leur union ; alors le sieur de Robiano demanda la nullité du mariage. La cour la prononça par un arrêt fortement motivé, qui, nous l'espérons, mettra fin à toute controverse juridique, sinon à l'instabilité des passions humaines (3).

N° 2. RÈGLES SPÉCIALES CONCERNANT LES MILITAIRES.

12. Le code Napoléon contient un chapitre spécial sur

(1) Valette sur Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, t. Ier, p. 210, note *a* (II).
(2) Arrêt du 10 août 1819 (Merlin, *Répertoire*, au mot *Etat civil*, § 2, n° 3; Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 355).
(3) Arrêt du 26 juillet 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 54).

les actes de l'état civil concernant les militaires hors du territoire de l'empire. Il soulève une question de principe très-importante. Ce chapitre V ne se trouvait pas dans le projet soumis aux délibérations du conseil d'Etat. Quand on discuta les articles relatifs au décès, le premier consul dit que le code ne prévoyait pas le cas où un militaire viendrait à mourir hors de France, et que l'on avait également oublié de régler la manière de constater les mariages contractés à l'armée par des militaires. Thibaudeau répondit que les militaires étaient régis par le droit commun : l'article 47, dit-il, portant que « tous actes de l'état civil des Français, en pays étranger, sont valables lorsqu'ils ont été rédigés dans les formes qui y sont usitées, » s'applique aux militaires. C'est alors que le premier consul prononça ces paroles devenues célèbres : « Le militaire n'est jamais chez l'étranger quand il est sous le drapeau : *où est le drapeau, là est la France* (1). » Faut-il prendre ces paroles au pied de la lettre et en faire un principe de droit?

C'est ce qu'a fait un auteur français. Une armée, dit Marcadé, entre dans un pays étranger, non pour obéir, mais pour commander ; son but est, non pas de se soumettre aux lois qu'elle y trouvera établies, mais plutôt de dicter elle-même des lois, si elle le juge à propos, de sorte que la souveraineté du pays disparaît et fait place à la souveraineté du pouvoir qui l'envoie : le point qu'elle occupe, à ses yeux, c'est la France. C'est bien là le sens des paroles du premier consul. Il en résulte une conséquence très-grave : c'est que, dans les lieux occupés par l'armée française, les officiers du pays n'ont plus aucune compétence, et que les officiers français, au contraire, y ont une compétence absolue pour tous les actes qui concernent les militaires français (2).

Il nous est impossible d'admettre ce prétendu principe, parce que nous ne pouvons pas croire que le droit consacre l'abus de la force. Et c'est à cela qu'aboutiraient les pa-

(1) Séance du conseil d'Etat du 14 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 49, n° 32).
(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 211 (art. 88, n° II).

roles de Napoléon, si elles avaient le sens qu'on leur prête. Non, il n'est pas vrai que la souveraineté nationale disparaisse là où une armée française met le pied. Les guerres ne sont pas toutes des guerres de conquête, et alors même que l'armée est victorieuse, elle ne considère pas comme un pays conquis le pays qu'elle occupe. Entendu d'une manière absolue, le principe que l'on invoque conduirait à cette conséquence monstrueuse, que là où une armée française ne fait que passer, elle anéantit ou elle suspend du moins la souveraineté de la nation. Une pareille maxime nous ramènerait à la barbarie sauvage des Huns et des Mongols. Ce serait faire injure au premier consul que de supposer que telle ait été sa pensée. Alors même que la guerre est une guerre de conquête, il ne suffit pas qu'une armée française occupe un territoire pour que la souveraineté de la France remplace celle de la nation ennemie; il faut la victoire, il faut la volonté de la France, et il faut que cette volonté soit sanctionnée par des traités. Tant que la guerre dure, les chances douteuses des combats ne permettent pas aux parties belligérantes de revendiquer la souveraineté d'un pays qu'elles occupent aujourd'hui, que demain peut-être elles n'occuperont plus. Donc la souveraineté nationale subsiste, et avec elle la compétence de tous les officiers publics qui sont ses organes.

13. Mais comment concilier la compétence des officiers étrangers avec celle que le chapitre V accorde aux officiers français? Dans l'opinion que nous combattons, la compétence des fonctionnaires étrangers serait nulle. Nous croyons qu'elle coexiste avec celle que le code civil reconnaît aux officiers qu'il charge de la tenue des actes de l'état civil, quand les militaires se trouvent hors du territoire de l'empire. Rappelons-nous à quelle occasion le premier consul signala une lacune dans le projet du titre II. Il s'agissait de la manière de constater les décès des militaires. L'armée a ses hôpitaux, un soldat y meurt; s'adressera-t-on à l'officier du pays pour constater le décès? Et qui dressera les actes de décès de ces milliers de victimes qui périssent dans les boucheries appelées batailles? Évi-

demment on ne peut pas songer à faire intervenir les officiers du pays. Est-ce parce qu'ils sont incompétents? Non, mais la force des choses ne permet pas que l'on invoque leur ministère. En ce sens, il y avait réellement lacune dans le code. La même nécessité n'existe pas pour les naissances ni pour les mariages. Mais il y a toujours un motif d'utilité à déclarer les officiers français compétents pour ces actes. En pays ennemi, les officiers étrangers sont aussi des ennemis. Faut-il que les militaires français recourent à l'ennemi pour faire dresser un acte de naissance ou un acte de mariage? Il y a donc un motif de convenance pour instituer des officiers de l'état civil au sein des armées françaises.

Mais la compétence accordée aux officiers français doit-elle exclure la compétence des officiers étrangers? On cherche vainement une raison juridique qui justifie cette exclusion. Ils conservent leurs fonctions, et ces fonctions leur donnent compétence à l'égard des étrangers comme à l'égard des nationaux. Quand donc ils reçoivent un acte de l'état civil concernant un militaire français, ils font ce que d'après les lois de leur pays, ce que d'après le droit commun de l'Europe, ils ont le droit de faire. Et l'on veut que cet acte soit nul? Cela est contraire à toute idée de droit, cela est contraire aux principes consacrés par le code Napoléon. Les agents diplomatiques français ont à l'étranger une compétence plus étendue que celle que la loi accorde à certains officiers de l'armée française; ils peuvent recevoir tout acte de l'état civil concernant les Français en général. Dira-t-on que là où ils résident, les Français doivent s'adresser à eux, et que les officiers du pays sont incompétents? Personne n'a jamais songé à soutenir une pareille absurdité. Eh bien, il est presque aussi absurde de prétendre que les officiers étrangers deviennent incompétents parce que le législateur français a trouvé bon d'établir des officiers spéciaux pour recevoir les actes de l'état civil qui concernent les militaires. Une juridiction particulière, exceptionnelle, ne détruit pas la juridiction générale quand il n'y a aucune raison de l'exclure, quand il y aurait plutôt déraison de le faire.

14. Il y a cependant quelque motif de douter. Le texte de l'article 88 paraît, au premier abord, déroger à l'article 47. Il porte : « Les actes de l'état civil faits hors du territoire de l'empire, concernant les militaires, seront rédigés dans les formes prescrites par les dispositions précédentes, *sauf les exceptions contenues dans les articles suivants.* » Or, ces articles instituent des officiers spéciaux pour recevoir les actes de l'état civil qui intéressent les militaires; il les soustrait donc à la compétence des officiers nationaux. A l'appui de cette interprétation restrictive, Merlin cite les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat; mais Merlin lui-même a reculé devant les conséquences qui découlent de son interprétation. Elle conduirait à la compétence exclusive des officiers français. Il en résulterait qu'eux seuls pourraient dresser l'acte de naissance, alors même que la mère accoucherait à une grande distance des drapeaux sous lesquels se trouve son mari. Merlin repousse cette conséquence (1). Il en résulterait que l'officier du pays serait incompétent pour recevoir l'acte de décès d'un militaire français qui mourrait isolément dans un lieu privé de toute communication prochaine avec l'armée. Merlin n'admet pas cela, parce que ce serait calomnier la loi, d'après son énergique expression, que de lui supposer une volonté aussi absurde. Ce serait encore la calomnier, ajoute-t-il, de dire que le mariage entre un militaire français et une femme étrangère ne pourrait être célébré devant l'officier civil du pays (2). Nous demandons si un principe sujet à tant d'exceptions est un principe? Si l'article 88 est une exception dans le sens ordinaire du mot, il faut l'appliquer sans reculer devant aucune conséquence. Dès que l'on admet des restrictions, on ne peut plus dire que l'article 88 annule la compétence des officiers nationaux. Il peut très-bien s'entendre d'une compétence facultative, établie dans l'intérêt des militaires français. Il faudrait une volonté clairement manifestée pour que l'on dût admettre que la compétence est exclusive. Ni

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Etat civil*, § 3, n° 1.
(2) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Mariage*, § 7.

les paroles de Napoléon, ni les discours des orateurs ne disent cela d'une manière positive. Nous citerons ce que dit Siméon dans son rapport au Tribunat. Il énumère les avantages de l'institution créée par le nouveau code : « D'abord elle protége et assure, mieux qu'il ne l'avait jamais été, l'état civil des militaires et les intérêts de leurs familles. Elle oppose un frein nécessaire au tumulte et à la licence des camps. Elle met obstacle à des mariages abusifs et à la supposition de ceux qui n'existèrent pas même abusivement. Elle fournit de meilleurs moyens de constater et les décès nécessairement si multipliés et les naissances aussi; car on en rencontre quelquefois dans les camps, comme ces fleurs rares dont la nature égaye les monuments funèbres (1). »

Il y a dans les paroles que nous venons de transcrire un motif que l'on pourrait invoquer pour soutenir que la compétence des officiers français est exclusive. Thibaudeau dit, comme Siméon le fait entendre, que dans les dernières guerres les militaires français s'étaient joués du plus saint des contrats, du mariage (2). Ce serait donc pour prévenir ces scandaleux excès que le législateur aurait appelé des officiers français à célébrer les mariages des militaires. N'est-ce pas là un motif d'ordre public qui doit exclure la compétence des fonctionnaires étrangers? Nous ne le croyons pas. La jurisprudence a décidé et les auteurs enseignent que les officiers du pays peuvent célébrer le mariage d'un militaire français avec une femme étrangère (3). Et il est impossible de ne pas admettre cette opinion sans calomnier la loi, comme le dit Merlin. Ne serait-ce pas heurter la conscience publique tout ensemble et blesser le bon sens que d'annuler un mariage célébré par un officier public dont la compétence ne saurait être contestée? Que si l'on admet que le mariage est valable, alors le motif de moralité publique n'a plus de valeur; car

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 99, n° 35.
(2) Thibaudeau, *Exposé des motifs* (Locré, t. II, p. 71, n° 22).
(3) Arrêt de la cour de Paris du 8 juillet 1820, et arrêt de la cour de Colmar du 25 janvier 1823, confirmé par un arrêt de rejet du 23 août 1826 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 405, 1°).

ce sont précisément des femmes étrangères qui risquent le plus d'être trompées par des hommes sans foi ni loi. Après tout, le remède au mal signalé par Thibaudeau n'est pas dans l'incompétence de l'officier étranger, il est dans la publicité donnée au projet de mariage.

Notre conclusion est que la compétence des officiers établis par le code Napoléon pour recevoir les actes de l'état civil qui concernent les militaires à l'étranger est facultative dans tous les cas, qu'elle n'exclut jamais la compétence des officiers étrangers. Cette opinion a été consacrée par un arrêt de la cour de Bruxelles du 7 juin 1831 (1); elle est suivie par Coin-Delisle et Demolombe (2).

Quant aux détails de l'institution créée par le code Napoléon, nous renvoyons au texte du chapitre V.

SECTION II. — Des registres de l'état civil.

15. Les actes de l'état civil sont inscrits sur des registres (art. 40). Il est défendu aux officiers de les inscrire sur des feuilles volantes (code pénal, art. 263). Il en est autrement des actes reçus par les notaires. Par contre, l'inscription sur des registres est de règle quand il s'agit d'actes destinés à la publicité et dont la conservation intéresse les tiers : telles sont les inscriptions hypothécaires, la renonciation à une succession ou l'acceptation sous bénéfice d'inventaire : tels sont encore les actes d'enregistrement et de transcription (3). L'intérêt de conservation est si évident, qu'il est inutile d'y insister. Par cela même la publicité est assurée. La formalité est donc essentielle.

L'article 40 ajoute que les registres sont tenus doubles. Aux termes de l'article 43, l'un des doubles est déposé, à la fin de chaque année, aux archives de la commune, et l'autre au greffe du tribunal de première instance. Ce double dépôt explique la nécessité des doubles registres.

(1) *Jurisprudence du* XIXe *siècle*, 1831, 3, p. 156 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 395).

(2) Coin-Delisle, *Commentaire analytique*, livre Ier, titre II, p. 79, n° 5; Demolombe, t. Ier, p. 508, n° 315.

(3) Voyez code civil, articles 784, 793, 1328, et loi hypothécaire du 16 décembre 1851, articles 1 et 81.

C'est une excellente précaution pour empêcher la perte des actes de l'état civil, actes qui intéressent à un si haut degré l'état des hommes et les tiers, c'est-à-dire la société tout entière.

La loi du 20 septembre 1792 voulait que chaque espèce d'actes fût inscrite sur un registre particulier. C'était multiplier inutilement les registres dans les petites communes, et par conséquent rendre les recherches plus longues et plus difficiles. Le code Napoléon (art. 40) dit : « Sur un ou plusieurs registres. » C'est le gouvernement qui décide si un seul registre suffit, ou s'il convient d'en avoir plusieurs, à raison du nombre des habitants.

Les registres, dit l'article 41, doivent être cotés par première et dernière, et parafés sur chaque feuille par le président du tribunal de première instance. C'est une précaution contre la fraude qui pourrait se commettre facilement en intercalant ou en supprimant un ou plusieurs feuillets, s'ils n'étaient ni cotés ni parafés. Le parafe doit se trouver sur chaque page; mais faut-il aussi que chaque page soit numérotée par le président? Il y a des magistrats qui se contentent de marquer la première feuille et la dernière. Ils ont pour eux le texte de la loi ; et quant au but que le législateur s'est proposé, le parafe suffit (1).

16. Les registres sont publics (art. 45). C'est un principe fondamental de notre état civil. Les tiers ont intérêt à connaître l'état des personnes avec lesquelles ils sont en relation, car les droits dépendent de l'état ainsi que la capacité ou l'incapacité. *Toute personne*, dit la loi, peut se faire délivrer des extraits des registres. Le code Napoléon n'exige pas que celui qui demande un extrait justifie de son intérêt. En cela il déroge à l'ancien droit, comme l'avait déjà fait la loi de 1792 (2). Il ne faut pas que les tiers soient à la merci des officiers de l'état civil; il ne faut pas qu'en cas de refus, ils soient forcés d'intenter une action en justice. L'état des citoyens n'est pas un secret,

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 47.
(2) Coin-Delisle, *Commentaire analytique du titre II du livre Ier* (p. 24, n° 2).

il est public de sa nature; dès lors la publicité des registres qui constatent cet état doit favoriser les recherches, loin de les entraver.

La loi dit que toute personne peut demander un *extrait*. On entend par là une copie littérale de l'acte inscrit sur le registre. Cela résulte de la suite de l'article 45, qui exige que les extraits soient conformes aux registres; une simple déclaration ou attestation de l'officier public n'atteindrait pas le but de la loi (1).

Qui délivre les extraits? Les dépositaires des registres, dit l'article 45. Il n'y a aucun doute quant aux greffiers. Un avis du conseil d'Etat du 2 juillet 1807 décide que les secrétaires communaux n'ont aucune qualité pour délivrer des extraits. L'avis se fonde sur le principe que personne n'a de caractère public qu'autant que la loi le lui a conféré; et il n'y a pas de texte qui investisse les secrétaires communaux d'un caractère public. Le vrai dépositaire des registres, c'est, d'après la législation belge, le collége des bourgmestre et échevins (2).

Nous avons déjà parlé du dépôt des registres. Voyez les articles 43 et 44 du code Napoléon.

SECTION III. — De la rédaction des actes.

§ Ier. *Des formes.*

17. L'article 85 pose un principe général sur la rédaction des actes; il porte que les officiers ne peuvent rien y insérer, soit par note, soit par énonciation, *que ce qui doit être déclaré par les comparants*. Il importe de préciser le sens de cette disposition, car elle touche à une question très-grave, celle de la preuve qui résulte des actes de l'état civil. Un premier point est certain, c'est que les officiers ne peuvent pas énoncer ce qui *doit* être déclaré par les comparants, quand cette déclaration ne leur est pas faite. Ainsi l'acte de naissance des enfants nés de

(1) Ainsi jugé par arrêt de la cour de Colmar du 20 août 1814 (Dalloz, au mot *Obligations*).

(2) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 128, n° 21. – Loi communale, art. 93.

père et mère mariés doit indiquer la filiation; mais si les comparants ne la déclaraient pas, l'officier ne pourrait la constater d'après la connaissance personnelle qu'il en aurait. C'est en ce sens que le tribun Siméon a dit que les officiers de l'état civil avaient un ministère passif; ils remplissent les fonctions de secrétaire.

Seconde question : L'officier peut-il constater tout ce qui lui est déclaré par les comparants? Il y a des déclarations qui sont prohibées; l'article 85 défend de déclarer qu'un individu est mort assassiné, ou dans une prison, ou sur l'échafaud; donc l'officier ne pourrait pas constater ces faits, s'ils lui étaient déclarés. Il y a ensuite des prohibitions virtuelles. La loi défend la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux (art. 335); il en résulte la défense implicite de faire la déclaration d'une filiation incestueuse ou adultérine. On sait que la Convention nationale approuva le refus d'un officier de constater une filiation adultérine, sur la déclaration de la mère qui voulait afficher son déshonneur. Par la même raison, l'officier ne peut recevoir la déclaration de la paternité naturelle, le code prohibant la recherche de la paternité illégitime (art. 340).

Jusqu'ici tout le monde est d'accord. Il n'en est plus de même quand les comparants font une déclaration que la loi ne commande ni ne défend. La loi ne prescrit pas de déclarer le jour et l'heure du décès. Si la déclaration est faite, et tel est l'usage, l'officier doit-il la recevoir? Sur ce point, il y a dissidence. Demante enseigne que l'officier public doit constater toutes les déclarations qui ne sont pas défendues (1). Cela est contraire au texte et à l'esprit de la loi. Le code ne dit pas que l'officier de l'état civil doit constater tout ce que les parties *peuvent* déclarer, ou tout ce que la loi ne défend pas de déclarer; la loi est conçue dans les termes les plus restrictifs : *les officiers ne pourront rien insérer que ce qui doit être déclaré*. Et qu'est-ce qui *doit être déclaré?* Ecoutons la réponse de Siméon : « Les parties *ne doivent déclarer que ce que la*

(1) Demante, *Cours analytique de code civil*, t. Ier, p. 153, n° 80 *bis*.

loi demande. Si elles vont au delà, l'officier public *peut et doit refuser* ce qui, dans leurs déclarations, *excède* ou contrarie le but de la loi (1). » Chabot, l'orateur du Tribunat, est tout aussi explicite : « Ce qui *doit* être déclaré par les comparants, *c'est ce que la loi ordonne d'insérer dans les actes* et rien de plus (2). » La loi ne laisse donc aucun doute. Reste à savoir si le législateur a eu raison de se montrer si exclusif, si sévère. Pour répondre à la question, il suffit de considérer le but qu'il a eu en établissant des registres de l'état civil. Ils sont destinés à prouver l'état des hommes. Reçus par des officiers publics, ils sont authentiques; ils font foi par eux-mêmes, tantôt jusqu'à inscription de faux, tantôt jusqu'à preuve contraire. Dès lors le législateur devait veiller à ce que l'officier ne fît d'autres mentions que celles auxquelles il convient de donner force probante. C'est dire que la loi seule peut et doit décider quelles sont les déclarations qui doivent être constatées; l'officier n'est que l'organe et l'instrument de la loi.

18. Siméon dit que le ministère des officiers de l'état civil est passif; ils reçoivent les déclarations qui leur sont faites, ils n'ont pas mission de s'informer si elles sont ou non conformes à la vérité. Cependant il ne faut pas pousser ce principe trop loin. Il est arrivé que des personnes se sont présentées devant l'officier public sous une fausse qualité : un tel venait déclarer qu'il consentait au mariage de son fils, alors qu'il n'était pas le père de celui qui voulait contracter mariage. Si le bourgmestre s'aperçoit de l'imposture, faut-il néanmoins qu'il reçoive la fausse déclaration qui lui est faite? Non certes. Il en serait de même si une sage-femme déclarait que telle femme est accouchée, alors que l'officier civil sait que le fait est faux (3). Un homme vient déclarer la naissance d'un enfant dont il se dit le père. L'officier public sait que le déclarant est marié; s'il indique comme mère une autre femme que la sienne, il y aurait déclaration d'une filiation adul-

(1) Rapport de Siméon au Tribunat (Locré, t. II, p. 96, n° 10).
(2) Discours de Chabot (Locré, t. II, p. 105, n° 8).
(3) C'est l'opinion de Merlin, *Répertoire*, au mot *Naissance*, § 2.

térine; l'officier doit refuser de la recevoir. En ce sens, son ministère n'est pas purement passif. L'officier serait responsable s'il recevait une déclaration qu'il sait fausse et qui est de nature à nuire à un tiers : tel serait le fait d'une filiation adultérine ou incestueuse. Dès lors on ne peut pas lui contester le droit de refuser une déclaration pareille. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point (1).

19. Nous renvoyons au texte pour le détail des formalités que le code civil prescrit dans la rédaction des actes. Les actes sont rédigés sur la déclaration des comparants (art. 36). Il y a des cas où la déclaration doit se faire dans un délai déterminé par la loi : telles sont les déclarations de naissance. On demande si l'officier public pourrait les recevoir après l'expiration de ce délai. La question a été décidée négativement par un avis du conseil d'Etat du 8 brumaire an XI. S'il était permis de recevoir des déclarations tardives, il serait à craindre qu'elles ne fussent pas l'expression de la vérité; on pourrait ainsi introduire des étrangers dans les familles, ce qui serait une source de désordres. Le conseil d'Etat veut que les actes omis ne soient inscrits sur les registres qu'en vertu de jugements rendus en grande connaissance de cause, contradictoirement avec les personnes intéressées et sur les conclusions du ministère public; le tout comme en matière de rectification. Cet avis ayant été approuvé et publié, a force de loi (2).

Les actes sont reçus en présence de témoins (art. 37). Nous avons déjà dit qu'ils peuvent être étrangers (3). Tous ceux qui figurent dans l'acte doivent signer (art. 39). Les actes sont inscrits de suite sur les registres. Pour éviter les fraudes, la loi veut qu'il n'y ait aucun blanc, que les ratures et les renvois soient approuvés, et que les dates soient écrites en toutes lettres (art. 42). Lecture est donnée de l'acte (art. 38).

(1) Voyez les auteurs cités dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, nos 91 et suiv.
(2) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 137.
(3) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 563, n° 451.

20. Les tribunaux français retentissent depuis quelques années de réclamations concernant les titres de noblesse (1). Tous ceux dont le nom commence par un grand *D* demandent qu'on rectifie les actes où l'on n'a tenu aucun compte de la précieuse particule *de*. Tous ceux qui possèdent une terre quelconque qui porte un nom, se hâtent d'agir en justice, pour se faire passer comme descendants des croisés. Que Dieu nous envoie un Molière ou un Béranger pour faire justice de ces niaiseries! Quoique les hobereaux ne nous manquent pas en Belgique, on ne voit pas chez nous de ces misérables procès. Sous le royaume des Pays-Bas, un arrêté royal du 22 juin 1822 ordonna aux officiers de l'état civil d'attribuer dans leurs actes, aux personnes y dénommées, les titres de noblesse qui leur appartenaient. A cet effet, le conseil suprême de noblesse devait dresser un état nominatif des personnes dont les titres se trouvaient inscrits sur les registres de la chambre héraldique; puis ces états, dûment approuvés par le roi, devaient être publiés dans le *Journal officiel*. Nous ne savons si la Belgique a encore le bonheur de posséder une *chambre héraldique* et un *conseil suprême de noblesse*. Toutefois notre constitution maintient les titres de noblesse; elle défend seulement d'y attacher aucun privilége. On a dit que ce serait une espèce de privilége si l'officier de l'état civil devait mentionner dans ses actes des titres qui ne sont plus qu'un vain son de mots (2). Mais on pourrait répondre que les titres légalement conférés font partie du nom, et que toute personne a le droit d'exiger que son nom soit mentionné dans l'acte où elle figure. Nous laissons la question indécise, et nous nous hâtons de passer à un sujet plus sérieux.

(1) Par suite de la loi du 28 mai 1858, qui punit d'une amende de 500 fr. à 10,000 fr. quiconque, sans droit et en vue de s'attribuer une distinction honorifique, aura pris publiquement un titre, changé, altéré ou modifié le nom que lui assignent les actes de l'état civil.

(2) C'est l'opinion professée par les auteurs du *Répertoire de l'administration*, MM. De Brouckere et Tielemans, t. Ier, p. 195, n° 5.

§ II. *Nullité. Sanction.*

N° 1. NULLITÉ.

21. Les formalités prescrites par la loi pour la rédaction des actes de l'état civil doivent-elles être observées sous peine de nullité? D'après les principes que nous avons posés sur les nullités, la décision de la question ne saurait être douteuse (1). La loi ne prononce pas la nullité, on ne pourrait donc l'admettre que si elle était virtuelle, c'est-à-dire si elle résultait de la volonté tacite du législateur. On admet qu'il y a nullité virtuelle quand les formes sont d'une grande importance et que l'intérêt de la société exige cette sanction sévère. Il est évident que tel n'est pas le caractère des formes établies pour les actes de l'état civil. L'article 42 veut que l'officier public y énonce les prénoms, âge, profession et domicile de tous ceux qui y sont dénommés. Il se trouve qu'il a oublié un prénom, qu'il n'a pas marqué l'âge ni la profession. Dira-t-on que ces irrégularités sont si graves que, dans l'intention du législateur, il faut frapper l'acte de nullité? Sans doute, il n'y a pas d'actes plus importants que les actes qui constatent l'état des personnes; mais c'est une raison de plus de ne pas prononcer la nullité pour inobservation de la moindre forme; en effet, ce serait compromettre l'état des hommes, alors que le but du législateur est de l'assurer. Et on compromettrait l'état des citoyens sans qu'il y eût aucune faute à leur reprocher; car d'ordinaire, quand un acte est irrégulier, c'est à la négligence, trop souvent à l'ignorance de l'officier public qu'il faut s'en prendre. Le législateur a donc cherché une autre sanction en établissant des peines contre l'officier de l'état civil.

22. Est-ce à dire qu'il n'y ait jamais nullité? Nous avons admis, avec la doctrine, qu'il y a des formalités substantielles dont l'inobservation vicie l'acte à ce point

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 80, n° 45.

qu'il n'a aucune existence aux yeux de la loi, et que par suite il ne peut produire aucun effet. N'y a-t-il pas de ces formes dans la rédaction des actes de l'état civil? Avant de répondre à la question, il nous faut voir ce qui s'est passé lors de la discussion du titre II au conseil d'Etat. On demandait s'il y aurait des modèles d'actes que les officiers publics seraient tenus de suivre. Le projet de code civil soumis au Conseil des Cinq-Cents portait que les actes seraient rédigés conformément aux modèles. On réclama contre cette disposition, dit Cambacérès, parce qu'il en serait résulté que le remplacement d'un mot par un autre aurait entraîné la nullité de l'acte. Thibaudeau répondit que la section de législation ne s'était pas encore occupée des nullités, qu'elle se proposait même de soumettre au Conseil la question de savoir s'il fallait admettre des nullités. Tronchet dit que les tribunaux avaient demandé des lois sur les nullités, mais qu'il était impossible d'établir à ce sujet des règles générales : *ce sera toujours par les circonstances qu'il faudra juger de la nullité des actes*. Tronchet ajouta que l'on pourrait donner quelques règles pour les actes de mariage : en effet, le code Napoléon contient une théorie complète sur les nullités de mariage. Mais le chapitre sur les demandes en nullité ne concerne que le mariage considéré comme contrat. Que faut-il décider des actes, proprement dits, de mariage, de naissance et de décès? Les nullités que l'on établirait, dit Tronchet, ne détruiraient pas la certitude de la date, laquelle est un des faits les plus essentiels. Que s'il y avait une irrégularité dans la date, la méprise serait prouvée par les actes qui précèdent et qui suivent, de sorte qu'il y aurait lieu à rectification plutôt qu'à nullité (1).

La question des nullités ne fut pas soumise au conseil d'Etat, mais il y eut encore accidentellement des observations sur ce sujet, tout aussi vagues malheureusement que celles que nous venons de transcrire. Quand on discuta la rectification d'office proposée par le projet, Camba-

(1) Séance du conseil d'Etat du 6 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 37, n° 20).



céréa demanda si l'on pourrait, en corrigeant d'office un acte de l'état civil, priver les parties intéressées de l'effet des nullités qui leur seraient acquises. Bigot-Préameneu répondit : « Tant qu'il n'y a pas de réclamation, il n'y a pas de droit acquis par les nullités. » Singulière théorie qui fait dépendre l'existence d'un droit de l'action en justice, alors que l'action n'est que l'exercice du droit! Boulay était plus dans le vrai quand il dit qu'en cas de véritable nullité, il n'y avait pas même lieu à rectification; en effet, peut-on rectifier ce qui est nul? Tronchet renouvela la remarque qu'il avait déjà faite : qu'il n'y avait de nullité qu'en matière de mariage, que quant aux actes de naissance et partant de décès, ils n'étaient nuls que lorsqu'ils seraient entachés de faux (1).

Maleville, qui assista à cette discussion, la résume en cette proposition : « Il est impossible d'établir des règles générales sur les nullités, sauf pour le mariage. Ce sera par les circonstances qu'il faudra décider de la nullité ou de la validité de l'acte (2). » Thibaudeau, chargé d'exposer les motifs du titre II, s'exprime dans le même sens : « On ne peut préciser quand un acte est nul; il vaut mieux laisser la question en litige et à l'arbitrage du juge (3). » Le tribun Siméon va plus loin; il dit qu'il n'y aura jamais nullité qu'en cas de faux. Il fonde cette opinion sur l'importance même des actes de l'état civil. « Tant de soins, dit-il, pris en faveur des citoyens pour leur état tourneraient contre eux et contrarieraient l'intention de la loi, si de leur omission il pouvait résulter des nullités. A moins donc que les actes ne soient reconnus faux, leurs imperfections ne les laisseraient pas sans force; ils donneront toujours aux citoyens un titre quelconque (4). » Ce qui veut dire qu'il y a lieu de rectifier les actes irréguliers et non de les annuler.

23. Voilà une discussion, des discours et des rapports qui, au lieu d'éclairer l'interprète, ne font qu'augmenter

(1) Séance du 14 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 50, n° 39).
(2) Maleville, *Analyse raisonnée*, t. Ier, p. 73.
(3) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 72, n° 24.
(4) Siméon, rapport au Tribunat (Locré, t. II, p. 97, n° 16).

son embarras. L'expérience faite depuis la publication du titre II semble donner raison à ceux qui soutiennent qu'il n'y a jamais de nullité en cette matière, le cas de faux toujours excepté. Nous ne connaissons pas d'arrêt qui ait annulé un acte de l'état civil pour vice de forme. Cependant cela ne décide pas la question au point de vue doctrinal. Reste, en effet, à examiner s'il n'y a point de formalités substantielles dont l'inobservation aurait pour conséquence que l'acte serait plus que nul, qu'il n'aurait pas d'existence aux yeux de la loi et ne produirait aucun effet. Nous croyons qu'il y a de ces formalités; mais la difficulté est de les préciser.

Tout le monde est d'accord pour admettre une première condition, sans laquelle il ne peut pas y avoir d'acte de l'état civil; il faut un officier de l'état civil (1). Un conseiller communal reçoit un acte de l'état civil, sans que le bourgmestre ou l'échevin délégué soit empêché; il est sans qualité, donc l'acte qu'il recevrait n'aurait aucune valeur, aucune existence légale; on ne pourrait le valider en le rectifiant, car la rectification suppose un acte, or, ici il n'y en a pas, pas plus que si un premier venu avait usurpé les fonctions d'officier public. La question serait tout autre si un officier de l'état civil recevait un acte hors des limites de la commune où il est bourgmestre. On ne pourrait plus dire que l'acte est dressé par un premier venu sans qualité aucune; il y a un officier public, seulement il instrumente hors de son ressort, il est incompétent. Il faut donc voir si l'incompétence est une cause de nullité. En matière de mariage, il y a nullité, mais seulement facultative, c'est-à-dire que le juge a un pouvoir discrétionnaire d'annuler le mariage considéré comme contrat. A plus forte raison faut-il le décider ainsi pour les actes rédigés par l'officier de l'état civil. L'acte pourrait être annulé, dit Hutteau d'Origny (2); cela même est douteux en présence de la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat.

Une question plus douteuse est de savoir si les actes

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 545, n° 330.
(2) Hutteau d'Origny, *De l'état civil*, p. 15, n° 2. Comparez Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 37.



de l'état civil seraient valables alors que l'officier public qui les a reçus y figurerait comme partie. D'après le droit romain, les magistrats chargés de la juridiction volontaire pouvaient instrumenter, alors même que l'acte les concernait (1). Quoi qu'en dise Merlin, les fonctions de l'état civil rentrent dans la juridiction que l'on appelle volontaire ou gracieuse. On peut donc invoquer la loi romaine. Il n'y aurait même aucun doute, s'il s'agissait d'un acte de naissance ou de décès. Ce serait une irrégularité, mais la loi ne la prévoyant pas, il n'y aurait pas lieu à prononcer la nullité. Mais que faudrait-il décider si un officier public célébrait son propre mariage? On ne pourrait pas attaquer le mariage pour incompétence, car d'après la subtilité du droit, l'officier est compétent. Mais nous croyons avec Merlin que, dans ce cas, il n'y aurait pas d'officier public, partant pas de mariage. En effet, il est impossible qu'une seule et même personne figure tout ensemble comme futur époux et comme officier de l'état civil (2). Et si le mariage n'a pas d'existence aux yeux de la loi, il va sans dire que l'acte de célébration ne saurait avoir aucun effet.

24. L'inscription de l'acte sur un registre est-elle une formalité substantielle? Coin-Delisle applique le principe général que les auteurs du code semblent suivre en cette matière : c'est, dit-il, une question abandonnée à la prudence du juge (3). Cela nous paraît très-douteux ; il ne s'agit pas de savoir si l'acte est nul, il s'agit de savoir s'il y a un acte. Or, dans la théorie du code, l'acte de l'état civil doit nécessairement être inscrit sur un registre. « Nul, dit l'article 194, ne peut réclamer le titre d'époux, s'il ne représente un acte de célébration *inscrit sur les registres de l'état civil.* » Aux termes de l'article 319, la filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance *inscrits sur le registre de l'état civil.* La preuve résultant des actes de

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Juridiction volontaire*, n° 7.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Etat civil*, § 5, n° 8. Coin-Delisle applique le principe général de la nullité facultative (*Commentaire analytique du titre II*, p. 7, n° 12). Comparez Demolombe, t. I[er], p. 457, n° 279.
(3) Coin-Delisle, *Commentaire analytique* sur l'art. 52, p. 37, n° 3.

l'état civil repose sur l'existence des registres. Ce sont les *extraits des registres* que l'on produit devant les tribunaux; ces extraits font foi s'ils sont *délivrés conformes aux registres* (art. 45). Sans registres, il n'y a plus d'extraits possibles, donc plus d'actes, plus de publicité. N'en faut-il pas conclure que l'acte inscrit sur une feuille volante n'est pas un acte de l'état civil? Il est certain que, dans tous les cas où la loi prescrit l'inscription d'un acte sur un registre, le registre est de l'essence de l'acte. La renonciation à une succession, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire seraient-elles valables si elles se faisaient autrement que sur le registre à ce destiné? Non, certes. Y aurait-il enregistrement sans registre? La question seule est une absurdité. Y aurait-il transcription ou inscription hypothécaire si le conservateur des hypothèques transcrivait ou inscrivait sur une feuille volante? Eh bien, ce qui est vrai de tous les actes soumis à une inscription sur un registre ne le serait-il pas des actes de l'état civil? Nous cherchons vainement où serait la raison de différence. Dira-t-on qu'il y a lieu à rectification? Rectification de quoi? des registres? Il n'y en a pas. Il y a omission d'un acte qui aurait dû être inscrit sur les registres et qui ne l'a pas été. Cette omission doit être réparée, mais comment? On ne peut pas procéder par voie de rectification, car il n'y a rien à rectifier puisque rien n'existe. En réalité, l'état civil ne peut pas être prouvé par une feuille volante. Que fera donc celui dont la naissance, par exemple, ou le mariage aura été dressé sur un autre papier que sur le registre? Nous ne voyons qu'une seule voie à suivre. C'est d'intenter une action pénale contre l'officier public, et de transcrire le jugement sur le registre. L'article 198 le décide ainsi pour la célébration du mariage; on peut l'appliquer par analogie à l'inscription d'un acte quelconque de l'état civil sur une feuille volante. C'est un délit prévu par le code pénal (art. 463). Si l'instruction établit qu'il y a eu mariage, naissance ou décès, que toutes les formalités ont été remplies, sauf la rédaction de l'acte sur un registre, le jugement tiendra lieu d'acte.

23. La signature de l'officier de l'état civil est-elle une

formalité substantielle? M. Arntz le dit (1), et au point de vue des principes généraux de droit, il a raison. On ne conçoit pas d'acte sans signature; c'est la signature de l'officier public qui atteste sa présence à l'acte et qui lui imprime l'authenticité. Quand l'acte n'est pas signé, l'officier de l'état civil n'est pas présent, dans la rigueur du droit, et peut-il y avoir un acte authentique sans que l'officier compétent y intervienne? Cependant il a été jugé que le défaut de signature de l'officier de l'état civil n'était pas une cause de nullité. La cour de Bruxelles a décidé que le procureur du roi peut demander d'office la rectification les actes non signés (2). Cela suppose que les actes, quoique dépourvus de signature, existent aux yeux de la loi, et qu'il s'agit seulement de les rectifier. La cour ne motive pas sa décision en ce point, ce qui semble dire que la question n'est pas même douteuse. Il y a cependant plus que doute, il y a dérogation à un principe de droit commun. On peut la justifier en soutenant que les auteurs du code ont voulu abandonner la question des nullités à la prudence du juge. Mais n'est-ce pas aller trop loin que d'appliquer cette maxime à un défaut substantiel? Le cas s'est présenté en France, et l'on a eu recours au pouvoir législatif. Un décret du 19 floréal an II autorisa le plus ancien des officiers municipaux à apposer sa signature à plusieurs actes qui n'avaient point été signés par l'agent national. Un décret du 18 pluviôse an III ordonna aux officiers civils de Nantes de signer les actes que leurs prédécesseurs avaient laissés sans signature.

Si les parties intéressées n'avaient pas signé, l'acte ne serait pas nul. La différence est grande entre les comparants et l'officier; si les parties doivent signer, c'est une garantie que la loi établit en leur faveur; il ne faut pas qu'elle tourne contre elles. La présence de l'officier et sa signature suffisent pour imprimer l'authenticité à l'acte. Donc l'acte existe quoique les parties ne le signent point. S'il en est autrement pour les actes notariés, c'est que les

(1) Arntz, *Cours de droit civil français*, t. Ier, p. 73, n° 155.
(2) Arrêt de la cour de Bruxelles du 18 février 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 250). Comparez Coin-Delisle, *Commentaire analytique*, p. 20, n° 2.

parties qui y figurent contractent des obligations; tandis que les actes de l'état civil constatent simplement des faits, et à la rigueur l'attestation de l'officier public suffirait pour cela. En tout cas, on rentre dans la règle que les auteurs du code suivent en cette matière : pas de nullité de droit.

26. La présence des témoins exigés par la loi est-elle une formalité substantielle? C'est l'avis de M. Arntz, et il nous paraît aussi fondé sur les vrais principes. Dans les actes solennels, les témoins représentent la société; leur présence est donc aussi nécessaire que celle de l'officier public pour imprimer l'authenticité à l'acte qu'il reçoit. Tel est, sans aucun doute, le droit commun. Mais le code Napoléon n'y a-t-il pas dérogé en ce qui concerne les actes de l'état civil? Nous le croyons. Certes la célébration du mariage est l'acte où la présence des témoins est le plus nécessaire. Néanmoins le mariage ne serait pas nul par cela seul qu'il n'y aurait pas eu le nombre de témoins prescrit par la loi. A plus forte raison ne peut-on pas considérer leur présence à l'écrit rédigé par l'officier public comme une formalité substantielle. Nous rentrons plutôt dans la règle générale qui domine cette matière. Pas de nullité de droit, sauf au juge à décider d'après les circonstances (1).

27. Par la même raison, l'inobservation d'une formalité prescrite par la loi pour la rédaction des actes n'en entraîne pas la nullité. La plus grave des irrégularités est certainement de recevoir un acte après le délai fatal établi par le code. Nous avons dit qu'un avis du conseil d'Etat exige en ce cas un jugement. Si l'officier de l'état civil inscrit l'acte sans y être autorisé par le juge, y aura-t-il nullité? Il a été décidé que l'acte n'était pas nul. En effet, l'inscription tardive n'est pas frappée de nullité. Nous restons donc sous l'empire du principe général (2).

(1) Coin-Delisle, *Commentaire analytique du titre II*, art. 39, n° 2, p. 21.

(2) Arrêt de la cour d'Angers du 20 août 1821 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 410). Merlin dit que l'acte inscrit tardivement ne ferait pas foi (*Répertoire*, au mot *Naissance*, § 4). M. Demolombe s'en rapporte à l'appréciation du juge (t. Ier, p. 474, n° 292).

La cour d'Angers a décidé, dans la même espèce, que l'acte de naissance n'est pas nul, parce que l'enfant, déjà inhumé, n'a pas été présenté à l'officier de l'état civil (1). Si l'acte n'est pas nul en ce cas, toujours est-il qu'il ne fera pas foi jusqu'à inscription de faux de la naissance et de la vie, puisque l'officier public ne peut pas constater ce qu'il n'a pas vu; il se borne à recevoir les déclarations des comparants. Il a encore été jugé que l'acte de naissance n'est pas nul, encore qu'il ne mentionne ni l'âge du père et de la mère, ni même le lieu de naissance (2). Toujours par application du principe général qu'en cette matière il n'y a pas de nullité de droit.

N° 2. SANCTION.

28. Le législateur n'a pas voulu de nullité, parce que l'annulation des actes de l'état civil aurait compromis l'état des personnes. Cependant, à raison même de leur importance, les lois qui régissent cette matière devaient avoir une sanction quelconque. Les auteurs du code Napoléon l'ont placée dans la responsabilité pénale et civile des officiers publics chargés de la rédaction des actes. Après avoir énuméré les formalités qu'ils doivent observer, le code ajoute (art. 50) que toute contravention sera punie d'une amende qui ne peut excéder cent francs. Il faut y ajouter les peines établies par le code pénal pour le faux, et pour l'inscription des actes sur une feuille volante (code pénal, art. 363 et s.). C'est le procureur impérial qui est chargé de vérifier les registres lors du dépôt qui en est fait au greffe; il constate en même temps les contraventions et dirige les poursuites contre les coupables (art. 53). L'amende établie par l'article 50 est prononcée par le tribunal de première instance; cette dérogation au droit commun a été admise dans l'intérêt des officiers publics, dont la plupart ne sont coupables que d'ignorance.

Il y a de plus une responsabilité civile. D'abord les offi-

(1) Arrêt du 25 mai 1822 (Dalloz, *loc. cit.*).
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*.

ciers publics sont responsables du dommage qu'eux-mêmes causent soit par leurs délits (art. 52), soit par leurs quasi-délits (art. 1382 et s.). Dans notre titre, le code ne parle pas du dommage qui peut résulter de l'imprudence ou de la négligence des officiers de l'état civil. Mais il n'est pas douteux que le principe des articles 1382 et suivants ne leur soit applicable. Ce principe est général et s'applique à tous les fonctionnaires qui, dans l'exercice de leurs fonctions, lèsent les intérêts des citoyens obligés de s'adresser à eux. De plus les dépositaires des registres, greffiers et collége des bourgmestre et échevins, sont civilement responsables des altérations qui y seraient faites, sauf leur recours contre les coupables (art. 51).

§ III. *De la rectification des actes de l'état civil.*

29. Le projet du titre II admettait deux espèces de rectification; la première se faisait par voie administrative et d'office; la seconde, par jugement et sur la demande des parties intéressées. Quand le procureur impérial, en vérifiant les registres, constatait des irrégularités, il requérait les parties et les témoins de comparaître devant le même officier de l'état civil pour rédiger un nouvel acte; cela était ordonné par le président du tribunal et exécuté dans les dix jours par l'officier public (1). Il n'y avait ni jugement ni débat contradictoire. Ce mode de rectification fut rejeté par le conseil d'Etat. Thibaudeau dit que les registres de l'état civil étaient un dépôt sacré, que nulle autorité n'avait le droit de rectifier d'office les actes qui y étaient inscrits, parce que les erreurs et les omissions qui s'y rencontraient ouvraient des droits à des tiers. La rectification officieuse serait donc le plus souvent inutile, parce qu'on ne pourrait l'opposer aux tiers qui n'y étaient point appelés, puisqu'elle se faisait sans contradiction des parties intéressées. Cambacérès ajouta que l'état des hommes étant une propriété, il ne pouvait

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 32, art. 13.

être changé que par la décision des magistrats, gardiens de toute espèce de propriétés (1). Il va sans dire que cela n'empêche pas de corriger les erreurs dont on s'aperçoit au moment même où les actes sont rédigés : ces corrections se font par des renvois qui font partie de l'acte. Mais quand l'acte est rédigé et signé, l'officier public ne peut plus y apporter de modification. S'il y a lieu de le rectifier, cela se fait par jugement. Le jugement est inscrit sur les registres, et mention en est faite en marge de l'acte rectifié (art. 101).

30. Qui peut demander la rectification? Le principe est que les parties intéressées peuvent seules poursuivre la rectification des actes de l'état civil. C'est par exception seulement que le ministère public le peut. Pour agir, il faut un intérêt né et actuel. C'est le droit commun. Il a été jugé que celui qui manifeste l'intention de se charger de la tutelle officieuse d'un enfant n'a pas un intérêt né et actuel qui l'autorise à demander la rectification de l'acte de naissance de cet enfant (2). Est-ce à dire qu'il faille un intérêt pécuniaire? Non. Si dans l'espèce la tutelle officieuse avait déjà commencé, il est certain que le tuteur aurait eu qualité pour demander la rectification, quoiqu'il n'y eût eu aucun intérêt pécuniaire. A plus forte raison l'honneur de la famille, intéressée à ce que des étrangers n'usurpent pas un nom qui ne leur appartient pas, suffit-il. Si un enfant est porté sur un acte de naissance comme né d'un père désigné, celui-ci aura, du jour même de cette inscription, le droit de le faire rectifier, quoiqu'il n'y ait encore aucun intérêt pécuniaire (3).

31. Le code Napoléon ne donne pas au ministère public le droit de poursuivre d'office la rectification des actes de l'état civil; il veut seulement qu'il soit entendu (art. 99). Cependant la doctrine et la jurisprudence lui reconnaissent

(1) Séance du conseil d'État du 12 brumaire an x (Locré, t. II p. 57, nos 1 et 2).

(2) Arrêt de la cour de Lyon du 11 mars 1842 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 434).

(3) Arrêt de la cour de Paris du 19 avril 1834 (Dalloz, au mot *Actes de l'état civil*, n° 426). Comparez Coin-Delisle, *Commentaire analytique du titre II*, p. 85, nos 7-9.

le droit d'agir dans deux cas. D'abord quand il y a lieu de rectifier des actes qui intéressent des indigents. Ainsi jugé par les cours de Nîmes et d'Angers (1). Les arrêts se bornent à citer l'avis du conseil d'Etat du 12 brumaire an XI, une circulaire du 22 brumaire an XIII et les articles 120 et 122 du décret du 18 juin 1811. Ce qui rend la question douteuse, c'est que l'article 99 du code Napoléon ne donne pas le droit d'action au ministère public en cette matière; il semble plutôt le lui refuser en disant que ce sont les parties intéressées qui agissent, et que le tribunal statue sur les conclusions du procureur impérial. A la rigueur, il eût fallu une loi pour donner ce pouvoir au ministère public, car c'est une loi qui décide qu'en matière civile il n'est pas partie principale (2), et c'est encore une loi qui statue que l'action en rectification appartient en principe aux parties intéressées. Mais on sait que les avis du conseil d'Etat approuvés, ainsi que les décrets impériaux, sont considérés comme des lois.

32. Il y a un second cas dans lequel le ministère public peut agir d'office, c'est quand l'ordre public est intéressé à la rectification. Peu de questions ont été aussi vivement débattues que celle de savoir si le ministère public peut demander la rectification des actes de l'état civil pour motif d'ordre public. La cour de cassation s'est longtemps prononcée pour la négative, et un arrêt rendu en 1860 semblait consacrer définitivement cette jurisprudence (3), quand, en 1862, la chambre civile adopta l'opinion contraire (4). La chambre des requêtes finit par se ranger à cet avis (5), ainsi que la plupart des cours impériales. Il est donc admis en jurisprudence que le ministère public peut demander d'office la rectification des actes de l'état

(1) Arrêts de la cour de Nîmes du 11 mars 1838, et de la cour d'Angers du 27 février 1846 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1846, 2, 85).

(2) Loi du 24 août 1790, titre VIII, art. 2 : « Au civil, les commissaires du roi exerceront leur ministère, non par voie d'action, mais seulement par celle de réquisition dans les procès dont les juges auront été saisis. »

(3) Arrêts du 21 novembre et du 19 décembre 1860, de la chambre des requêtes (Dalloz, *Recueil périodique*, 1860, 1, 477; 1861, 1, 87).

(4) Arrêt du 22 janvier 1862, sur les conclusions de M. Dupin, et sur un rapport très remarquable de M. Laborie (Dalloz, 1862, 1, 26).

(5) Arrêt du 25 mars 1867 (Dalloz, 1867, 1, 300).

civil, quand l'ordre public y est intéressé. Bien que la question soit importante, nous ne pouvons nous y arrêter, parce qu'elle concerne la procédure plus que le droit civil. Nous nous bornerons à un exposé sommaire des motifs sur lesquels se fondent les derniers arrêts de la cour suprême.

La cour ne décide pas la question, agitée devant elle, si le ministère public peut agir d'office dans *tous les cas* où l'ordre public est intéresé; elle se renferme dans le débat spécial concernant la rectification des actes de l'état civil. Il est vrai, dit-elle, que, d'après la loi du 24 août 1790, les fonctions du ministère public au civil s'exercent, non par voie d'action, mais seulement par voie de réquisition. Mais le législateur a cru devoir déroger à cette règle en des cas ou en des matières spécialement déterminés, pour la défense de certains intérêts auxquels une protection particulière est due. Telle est la rectification des actes de l'état civil, quand l'ordre public y est intéressé. Même sous l'empire de la loi de 1790, on reconnaissait au ministère public le droit d'agir d'office pour cette cause. Cela est dit formellement dans l'avis du conseil d'Etat du 12 brumaire an XI. Et, chose remarquable, le conseil d'Etat proclame ce droit en termes généraux, non comme un droit nouveau et pour une hypothèse déterminée, mais comme un droit préexistant et dans toutes les circonstances qui intéressent essentiellement l'ordre public. En réalité, ce droit était déjà consacré par l'ancienne législation de la France, notamment par l'ordonnance de 1667 (titre XX, art. 14). Le code Napoléon a-t-il dérogé à cette tradition séculaire? On invoque l'article 99, qui ne semble donner d'autre mission au ministère public que celle de prendre des conclusions sur la demande intentée par les parties intéressées. On invoque les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat qui ont parlé dans le même sens. A vrai dire, il n'a pas été question, dans les travaux préparatoires, de l'action d'office du ministère public, pour motif d'ordre public; il est donc impossible que le code ait rejeté un droit qui n'était pas en cause. Ce qu'il a repoussé, c'est l'action d'office par voie administrative, parce qu'elle

devait se faire sans jugement et sans débat. Telle n'est pas la poursuite du ministère public quand il agit au nom de l'ordre public. Il est aussi partie intéressée dans ce cas, parce que la société y a un intérêt, et il saisit le tribunal de sa demande; il y a débat et décision judiciaire. Ce qui prouve que le code civil a laissé le droit du ministère public intact, c'est que le décret du 18 juin 1811 (art. 122) le confirme.

Reste une difficulté, et elle est grande. Que faut-il entendre par *ordre public?* Dans le cours du débat on cita ces paroles de Royer-Collard : « C'est un grand mot que l'ordre public, mais ce mot est bien vague; il peut avoir dans la langue commune, et il a dans nos lois des acceptions fort diverses. » Rien de plus vrai, et ajoutons rien de plus dangereux que ces mots tellement vagues qu'on peut les appliquer à toutes choses. La cour de cassation a prévu l'objection; elle répond que l'abus n'est pas à craindre, parce que le ministère public ne peut exercer son droit que dans les circonstances où l'*ordre public* est *directement* et *principalement* intéressé. Cela ne nous dit pas encore ce que c'est que l'*ordre public.* Nous avons essayé de définir cette expression en expliquant le principe posé par l'article 6 (1). Dans le langage du droit français, les mots *ordre public* signifient souvent *intérêt public.* En ce sens, il ne suffit pas d'un intérêt individuel pour autoriser le ministère public à agir, il faut un intérêt social. Tel serait le cas où des actes de naissance n'auraient pas été inscrits, dans le but de frauder la loi sur la conscription; ou si, dans le même but, les comparants avaient fait des déclarations mensongères de sexe et de prénoms. Dans ces cas, l'intérêt social est évident, et le ministère public est dans la sphère de ses attributions quand il demande la rectification des actes frauduleux. Mais l'expression d'*ordre public* a encore une autre acception plus spéciale; l'état des personnes, la capacité ou l'incapacité qui y est attachée sont d'*ordre public;* en ce sens, il faudrait dire que la tenue régulière des registres de l'état civil est

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 82 et suiv., nos 46-53.

d'ordre public. La cour de Bruxelles l'a entendu ainsi en décidant que le procureur du roi avait qualité pour demander la rectification de vingt-neuf actes de naissance, de mariage et de décès que l'officier public n'avait pas signés, et il était venu à mourir avant d'avoir pu réparer sa négligence. L'arrêt dit « que l'état civil est la base fondamentale de la société, parce qu'elle repose sur la constitution légale des familles ; que dès lors l'*ordre public* est intéressé à ce qu'il soit procédé promptement à la vérification de ces actes destinés à assurer légalement l'état d'un grand nombre de personnes (1). » Ce considérant est si élastique qu'on pourrait l'appliquer à toutes les demandes en rectification. Toutes n'intéressent-elles pas l'état des hommes? Qu'importe le nombre plus ou moins grand des actes irréguliers? L'état est d'ordre public, alors même qu'il ne s'agirait que d'une seule personne. Ce qui nous conduit à la conséquence que le ministère public peut toujours et dans tous les cas agir d'office en cette matière.

Est-ce là ce qu'ont voulu les auteurs du code civil? Non, certes. Si leur intention avait été de donner au ministère public le droit d'agir d'office dans tous les cas, ils l'auraient dit, comme ils l'ont dit en matière d'absence (art. 112, 114). Loin de le faire, ils gardent le silence sur l'action d'office, ils ne prévoient que le cas où le tribunal est saisi par la demande des parties intéressées, et ne donnent au ministère public d'autre mission que celle de prendre la parole. Dans l'esprit du code, il faut donc poser comme règle que le soin de demander la rectification des actes de l'état civil est abandonné aux parties intéressées, et que ce n'est que par exception que le ministère public peut agir d'office. C'est en ce sens qu'est conçu l'avis du conseil d'Etat du 13 nivôse an X. On y lit que lorsque le mauvais état des registres donne lieu à des difficultés et à de nombreuses contestations, il est plus conforme à l'intérêt public et aux intérêts des particuliers de laisser opérer la rectification par les tribunaux. Le conseil d'Etat se

(1) Arrêt du 18 février 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 251).

fonde sur ce que l'état des hommes demande que les registres qui le constatent ne soient rectifiés qu'en vertu d'un jugement provoqué par les parties intéressées à demander ou à contredire la rectification. S'il est vrai, comme le dit la cour de cassation, que le conseil d'Etat ne nie pas le droit qu'a le ministère public d'agir d'office quand l'ordre public est en cause, il est encore plus vrai que l'avis du conseil ne parle pas du ministère public et qu'il suppose la rectification provoquée par les parties intéressées. Le tribun Siméon a même nié formellement que le ministère public ait le droit d'agir d'office. C'est aller trop loin, nous le croyons avec la cour suprême. Mais ce serait aussi aller trop loin de dire avec la cour de Bruxelles que le ministère public peut agir par la seule raison que l'état des hommes est d'ordre public. Notre conclusion est qu'en règle générale les parties intéressées peuvent seules agir, que le ministère public ne le peut que si la société a un intérêt évident à la rectification.

33. Aux termes de l'article 100, le jugement de rectification ne peut être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient pas requis ou qui n'y auraient pas été appelées. C'est le tribunal qui ordonne, s'il l'estime convenable, que les parties intéressées seront appelées (code de procédure, art. 856). La disposition de l'article 100 ne fait qu'appliquer le droit commun sur l'effet de la chose jugée. Il est de principe que le jugement ne peut être opposé à ceux qui n'ont pas été en cause. Nous expliquerons ce principe au titre des Obligations. La plupart des auteurs enseignent qu'il reçoit une exception dans le cas où le jugement a été rendu avec le contradicteur légitime et principal de celui qui demande la rectification. Comme il avait seul qualité pour défendre à la demande, dit-on, ce qui est jugé avec lui est aussi jugé pour toute la famille. Paul, se prétendant fils légitime de Jean, demande la rectification de son acte de naissance, inscrit sur une feuille volante; l'action est intentée contre Jean, ou, ce qui revient au même, le juge ordonne que Jean soit appelé. Le jugement est rendu en faveur de Paul. Après la mort de Jean, Paul se présente à la succession d'un parent collatéral; il peut, dit-on,

opposer le jugement de rectification aux collatéraux, quoique ceux-ci n'aient pas été en cause (1).

Nous ne pouvons admettre cette opinion; elle établit une exception au principe sur les effets de la chose jugée; or, l'interprète ne peut pas créer d'exception. Il y a un cas, il est vrai, où un jugement peut être opposé à toute la famille, c'est lorsque le mari intente l'action en désaveu et qu'il échoue (art. 312-314, 317). La raison en est que lui seul a le droit de désavouer l'enfant; de là suit que lui représente réellement toute la famille. Mais il n'en est plus ainsi quand l'action appartient à toutes les parties intéressées. Le mot même de parties intéressées implique que chacune a un intérêt à défendre, et que par suite le elle n'a pas pu le défendre, on ne peut pas lui opposer si jugement auquel elle n'a pas été appelée. On rentre alors dans la règle générale de la chose jugée.

34. Nous ne discutons pas les questions de compétence auxquelles donne lieu la rectification, parce que cette matière appartient à la procédure.

Il y a un cas dans lequel il n'y a pas lieu à rectifier les actes de l'état civil, quoiqu'ils soient irréguliers. Ceux qui veulent se marier doivent produire les actes qui établissent soit leur âge, soit la mort de leurs parents; quand ces actes sont irréguliers, faut-il que les futurs époux les fassent rectifier en justice? Un avis du conseil d'Etat du 19 mars 1808, approuvé par l'empereur, décide que pour les diverses irrégularités qu'il prévoit, il n'est pas nécessaire de recourir aux tribunaux; on peut voir, dans l'avis même, comment le conseil a cherché à remédier à ces erreurs (2).

SECTION IV. — De la preuve résultant des actes de l'état civil.

35. Les registres de l'état civil sont des actes authentiques et ils font foi comme tels. Chose singulière, la loi

(1) Duranton, t. Ier, p. 264, n° 346. Cette opinion est suivie par Coin-Delisle, *Commentaire analytique du titre II*, p. 89, et par Marcadé, t. Ier, p. 227, n° 4.
(2) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 157, n° 33.

ne le dit pas; elle se borne à déclarer que les extraits délivrés conformes aux registres font foi jusqu'à inscription de faux (article 45). Le projet du titre II, adopté dans la séance du 22 fructidor an x, portait formellement : « Ces actes et les extraits. » Pourquoi les mots *ces actes* ont-ils été supprimés? Est-ce une faute de copie ou d'impression, comme le suppose Demante? ou a-t-on retranché ces mots comme inutiles (1)? Quoi qu'il en soit, il est évident que les registres sont des actes authentiques; la définition que l'article 1317 donne de l'acte authentique s'applique aux actes de l'état civil; ils sont reçus par des officiers publics ayant le droit d'instrumenter en vertu de la loi, en observant les solennités qu'elle prescrit. Nous n'aurions pas de texte, qu'il faudrait encore le décider ainsi. Pourquoi la loi a-t-elle institué des officiers chargés de recevoir les actes de l'état civil? C'est précisément pour que les citoyens eussent des preuves authentiques de leur état. Si les registres n'étaient pas authentiques, ils n'auraient pas de raison d'être. Le texte de l'article 45, bien que mutilé, suffit pour l'attester. Les extraits, c'est-à-dire les copies des registres, ont la force probante attachée aux actes authentiques; à plus forte raison les registres doivent-ils être authentiques; car l'authenticité de la copie ne peut dériver que de l'authenticité de l'original (2).

36. Les extraits sont également des actes authentiques, sous les conditions déterminées par l'article 45. Ils doivent d'abord être *délivrés conformes aux registres*, ce qui veut dire, dans l'opinion commune des auteurs, que l'officier de l'état civil atteste que l'extrait est conforme aux registres, qu'il en est la copie exacte. C'est à raison de cette conformité qu'il fait foi; ce qui prouve qu'il puise sa force probante dans l'authenticité de l'original. Il faut de plus, pour que l'extrait fasse foi, qu'il soit légalisé par le président du tribunal. La légalisation, dit Toullier, est un certificat écrit par le juge au pied de l'extrait et constatant que celui qui l'a fait est revêtu des fonctions qui lui don-

(1) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 159, n° 90 *bis*, I.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Etat civil*, § 2.

nent le droit de délivrer des extraits; la légalisation atteste donc deux choses, la vérité de la signature et la qualité du signataire. Ce n'est pas la légalisation qui constitue l'authenticité, elle l'atteste seulement à ceux qui ne connaissent pas la signature de l'officier public (1).

Toullier ajoute que les extraits font foi sans légalisation dans l'étendue de l'arrondissement où ils ont été reçus. Il faut le décider ainsi, dit Marcadé, par analogie des actes notariés; ceux-ci font foi dans le ressort où le notaire a le droit d'instrumenter, parce que la signature du notaire est censée connue des tribunaux. Par égale raison, la signature des officiers de l'état civil doit être réputée connue dans l'arrondissement où ils remplissent leurs fonctions (2). Cette opinion doit être rejetée. Elle est contraire au texte de l'article 45 qui exige la légalisation sans distinction aucune. S'il en est autrement pour les actes notariés, c'est que, d'après la loi du 25 ventôse an XI (art. 49), les notaires doivent déposer au greffe de chaque tribunal de première instance de leur département, leur signature et leur parafe. Voilà l'obligation sur laquelle est fondée la présomption que la signature des notaires est connue. La loi n'impose pas la même obligation aux officiers de l'état civil; dès lors il n'y a pas même raison de réputer leur signature connue dans l'arrondissement.

37. Les extraits donnent lieu à une difficulté plus sérieuse. Ce sont des copies d'un acte authentique. Faut-il leur appliquer les principes posés au titre des Obligations sur la foi qui est due aux copies? D'après les articles 1334 et 1335, les copies d'un acte notarié ne font pas foi, tant que l'original existe; en ce sens que l'on peut toujours demander que l'original soit représenté par celui qui produit le titre. Et quand l'original n'existe plus, les copies ne font foi que d'après diverses distinctions qu'on peut lire dans l'article 1335; il nous suffit de remarquer que les grosses ou premières expéditions font seules la même foi que l'original. Il est évident que ces distinctions ne peuvent s'ap-

(1) Toullier, t. Ier, p. 278, n° 307. — Hutteau d'Origny, *De l'état civil*, p. 111, n° 3.
(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 183, n° 2.

pliquer aux actes de l'état civil, puisque l'article 45 met tous les extraits, c'est-à-dire toutes les copies, sur la même ligne; il n'est pas question de grosses pour les actes de l'état civil. Mais on demande si la disposition de l'article 1334 est applicable aux extraits? Celui à qui l'on oppose un extrait peut-il exiger que l'on représente le registre? Duranton dit qu'il faut appliquer le principe général de l'article 1334 à toutes les copies des actes authentiques, partant aux extraits (1). Nous croyons que l'article 45 déroge au droit commun. Le texte met les extraits sur la même ligne que les registres; pour mieux dire, il ne parle pas même des registres, de sorte qu'il semble considérer les extraits comme étant les vrais actes de l'état civil. Une chose est certaine, c'est que les extraits font foi par eux-mêmes dès qu'ils réunissent les conditions voulues par la loi; il n'est pas nécessaire de représenter les registres, parce que l'extrait est délivré conforme au registre; il fait donc par lui-même preuve de sa conformité à l'original. D'où suit que celui qui a un extrait n'a plus rien à prouver.

Ainsi l'article 45 déroge à l'article 1334. Marcadé explique très-bien la raison pour laquelle le législateur suit des principes différents dans les deux cas. Quand il s'agit d'un acte notarié, il y a peu d'inconvénients à exiger la représentation de l'original, car cet original est une feuille volante qui peut facilement être transmise au tribunal et sans que les intérêts des tiers en souffrent. Tandis que les registres contiennent un grand nombre d'actes dont, d'un instant à l'autre, on peut demander un extrait. Que ferait-on si les registres étaient déplacés? Et s'ils s'égaraient, comment les remplacerait-on? Marcadé conclut que la représentation des registres ne peut jamais être demandée. En cela, nous semble-t-il, il dépasse le texte et l'esprit de l'article 45. Tout ce qui en résulte, c'est que le porteur de l'extrait n'a rien à prouver. Mais celui à qui on l'oppose ne peut-il pas soutenir que l'extrait, quoique certifié conforme, n'est pas conforme au registre? et faudra-

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 222, n° 299.

t-il, pour établir la non-conformité, qu'il s'inscrive en faux? n'est-il pas beaucoup plus simple que l'on confronte la copie avec l'original? C'est l'interprétation que Maleville donne à l'article 45; elle évite la longue et coûteuse procédure de l'inscription en faux, et maintient la foi due à l'extrait (1). Il n'est pas précisément nécessaire de déplacer les registres; le tribunal peut l'ordonner, s'il n'y trouve aucun inconvénient; il peut aussi prescrire un compulsoire en la présence des parties; le procès-verbal qui en sera dressé tiendra lieu de l'apport du registre.

38. L'article 45 dit que les extraits font foi jusqu'à inscription de faux. Tout le monde reconnaît que cette disposition est trop générale. On s'accorde à enseigner que les actes de l'état civil font foi, tantôt jusqu'à inscription de faux, tantôt jusqu'à preuve contraire, et qu'il y a même des cas où ils ne font aucune foi. Mais la difficulté est grande de préciser les principes qui régissent la force probante des extraits. Nous croyons qu'il faut appliquer aux actes de l'état civil les règles générales que la doctrine pose sur la preuve qui résulte des actes authentiques. Nous disons la doctrine, car l'on sait que les articles 1319 et suivants sont très-mal rédigés. Rappelons en deux mots ce que les auteurs enseignent. L'acte authentique emprunte sa force probante à l'intervention de l'officier public, lequel a mission d'imprimer l'authenticité aux actes qu'il reçoit; la loi présume que ce qu'il dit est la vérité, car il ne peut manquer à ses devoirs sans s'exposer à la peine du faux. Se fondant sur cette présomption de véracité, le législateur décide que l'on ne peut attaquer la foi due à l'acte authentique qu'en soutenant qu'il est faux. De là l'inscription en faux qui peut être ou une plainte criminelle dirigée contre l'auteur du faux, ou une plainte civile dirigée contre l'écrit que l'on prétend faux ou falsifié. Mais tout ce qui se trouve constaté dans un acte authentique fait-il foi jusqu'à inscription de faux? Non. Si l'on accorde une foi si grande à l'acte authentique, c'est parce que l'officier

(1) Maleville, *Analyse de la discussion du code civil*, t. Ier, p. 74. Comparez Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 159, n° 90 *bis*, II.

public atteste ce qu'il accomplit lui-même dans le cercle légal de ses fonctions, ou ce qui se passe devant lui. Mais s'il reçoit des déclarations émanées des parties qui figurent à l'acte, doit-on attacher la même foi à ces déclarations? Ici il faut distinguer. Il y a deux éléments dans les déclarations. D'abord le fait matériel que telle personne a déclaré telle chose; ce fait est attesté par l'officier public, qui a mission de l'attester; il rentre donc dans la règle qui donne force probante jusqu'à inscription de faux à ce que l'officier public dit s'être passé devant lui. Mais que faut-il dire de la vérité des déclarations? L'officier public ne l'atteste pas, il n'a pour cela ni mission ni capacité; on peut donc soutenir que ces déclarations ne sont pas vraies, sans accuser l'officier d'avoir commis un faux. Dès lors il n'est pas besoin de s'inscrire en faux; on reste dans le droit commun; on peut prouver que la déclaration n'est pas vraie, par tout moyen de preuve. En ce sens, on dit que l'acte authentique ne fait foi de la vérité des déclarations que jusqu'à preuve contraire. Enfin, si un officier public constatait des faits qu'il n'a pas mission de constater, il est évident que l'acte n'en ferait aucune foi; car l'officier qui dépasse les limites de ses attributions n'est plus un officier public, en ce sens que la loi ne lui doit aucune foi quand il fait ce qu'il n'a pas mission de faire.

39. Ces principes reçoivent-ils leur application aux actes de l'état civil? Il n'y a aucun doute pour les faits que l'officier de l'état civil constate comme les ayant accomplis lui-même. Ainsi il met la date aux actes qu'il reçoit. Cette date fait foi jusqu'à inscription de faux, parce qu'il a mission de dater ses actes et, par suite, de leur donner une date certaine. L'officier de l'état civil constate qu'un enfant lui a été présenté; on ne peut contester ce fait sans s'inscrire en faux, car l'officier public doit exiger que l'enfant lui soit présenté, et il doit le mentionner dans l'acte. De même l'officier public constate qu'il a prononcé l'union des futurs époux; le fait est encore prouvé jusqu'à inscription de faux, par la même raison. Dans tous ces cas, on applique sans difficulté aucune la disposition de l'article 45. Il est tout aussi certain que l'acte fait foi jusqu'à inscription

de faux du fait matériel que les comparants ont fait telle déclaration; car la mission de l'officier est précisément de recevoir ces déclarations. Un médecin vient déclarer à l'officier de l'état civil que telle femme est accouchée; il est prouvé jusqu'à inscription de faux que cette déclaration a été faite telle que l'officier l'a consignée dans son acte. Il en est de même de toutes autres déclarations que les comparants doivent faire en vertu de la loi. Mais il n'en est pas ainsi de la vérité des déclarations. L'officier de l'état civil, pas plus que le notaire, n'a mission ni capacité pour attester que les comparants lui disent la vérité. Peut-il savoir si telle femme est accouchée? peut-il savoir si l'enfant est né tel jour, telle heure? On peut donc soutenir que ces déclarations ne sont pas vraies, sans accuser l'officier public d'avoir commis un faux; partant il n'y a pas lieu de s'inscrire en faux. Toute preuve contraire sera admise (1).

Le texte paraît contraire à cette distinction; l'article 45 dit en termes généraux que les extraits font foi jusqu'à inscription de faux. Mais la distinction résulte de la nature des choses; au titre des Obligations, il n'en est pas plus question qu'au titre de l'Etat civil, néanmoins elle est universellement admise. On lit dans un arrêt de la cour de cassation : « Si, aux termes de l'article 45 du code civil, les extraits font foi jusqu'à inscription de faux, cela ne doit s'entendre que des faits qui se passent devant l'officier de l'état civil, et dont la réalité est constatée par lui (2). » Nous disons que cela résulte de la nature même des choses. En effet, quand l'officier public reçoit les déclarations des parties et que ces déclarations sont mensongères ou fausses, l'acte qu'il en dresse n'en est pas moins sincère et vrai, car il rapporte exactement ce que les comparants ont dit. Ceux qui attaquent la vérité de ce qui est constaté dans l'acte n'accusent pas l'officier public d'avoir commis un faux; pourquoi donc devraient-ils s'inscrire en faux?

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 226, n° 303; Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 515 et suiv., n° 319.
(2) Arrêt du 16 mars 1841 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1841, 1, 210).

Il y a même des déclarations reçues par l'officier de l'état civil qui ne font aucune foi. Le code ne prescrit pas d'énoncer dans l'acte de décès l'heure ni le jour auxquels il a eu lieu. Néanmoins ces énonciations se trouvent d'ordinaire dans les actes. Quelle foi font-elles? Aucune. En effet, d'après la rigueur du principe posé par l'article 35, l'officier de l'état civil ne devrait pas constater ces déclarations, car il *ne peut* insérer dans l'acte *que ce qui doit* être déclaré par les comparants. S'il constate ce qu'il n'a pas le droit de constater, cette énonciation ne peut avoir aucune force probante. Comment le législateur attacherait-il foi à une énonciation qui se fait en violation de la loi? Ce qu'il prohibe est censé n'avoir pas été fait, et n'a par conséquent aucune valeur.

40. La doctrine que nous venons d'exposer n'est pas admise par tous les auteurs en ce qui concerne les déclarations faites par les comparants. Il y a une grande divergence d'opinions en cette matière et, par suite, une grande incertitude. Toullier soutient que les déclarations des comparants font foi jusqu'à inscription de faux, aussi bien que celles qui émanent de l'officier de l'état civil. La raison qu'il en donne, c'est que les comparants ont une mission officielle qui les assimile aux officiers publics : les uns ont mission de faire certaines déclarations, les autres ont mission de les constater. On ne peut, dit Toullier, scinder ces deux faits, ils se confondent; voilà pourquoi l'article 45 dit, en termes absolus, que les actes font foi jusqu'à inscription de faux. Ce système, qui met sur la même ligne les officiers publics et les comparants, n'a pas trouvé faveur. Il est impossible que le législateur accorde la même confiance à des comparants qu'il ne connaît pas, et à des officiers publics qui, dans notre législation, reçoivent leur mandat tout ensemble de l'élection populaire et du choix du gouvernement. Qui garantit que les comparants ont réellement vu ce qu'ils viennent déclarer? Ce sont parfois des premiers venus, et à des personnes inconnues la loi donnerait cette immense autorité que leurs déclarations feraient foi jusqu'à inscription de faux, comme celles d'un officier public qui a pour lui la confiance de ses conci-

toyens et celle du chef de l'Etat! Non, le législateur n'a pas fait cette confusion qui serait injustifiable. Lui-même a établi une différence entre l'officier public et les comparants. Quand l'officier de l'état civil manque à la confiance que la loi place dans son caractère, quand il commet un faux, il est puni, d'après le code pénal de 1810, des travaux forcés à perpétuité (art. 146); tandis que les comparants qui viennent faire une fausse déclaration d'accouchement ne sont punis que de la reclusion (art. 345), c'est-à-dire de la peine qui frappe le faux témoignage (art. 363) (1).

41. Tout en rejetant le système absolu de Toullier, des auteurs très-estimés enseignent qu'il y a des cas où les déclarations des comparants font foi jusqu'à inscription de faux. Mais ils ne s'entendent pas entre eux, ce qui augmente la confusion qui règne dans la doctrine. Nous allons essayer de dissiper ces incertitudes en entrant dans le détail des difficultés. Il y a des déclarations qui, quoique mensongères, ne constituent pas un délit. Dans ce cas, dit Duranton, il est impossible qu'elles fassent foi jusqu'à inscription de faux (2). Ce serait un non-sens de dire qu'une déclaration n'est pas un faux et qu'il faut néanmoins s'inscrire en faux pour la combattre. S'inscrire en faux, c'est prouver qu'il y a un faux; et comment prouverait-on qu'il y a un faux là où la loi ne voit pas de faux? Quelle est donc la foi de ces déclarations? Elles feront foi jusqu'à preuve contraire, si elles sont du nombre de celles que le législateur ordonne de faire; que si elles n'ont pas dû être faites en vertu de la loi, elles ne feront aucune foi. Pierre déclare à l'officier de l'état civil qu'un enfant lui est né de telle femme, son épouse; la déclaration est mensongère, Pierre n'étant pas marié. Cette déclaration fera-t-elle foi jusqu'à inscription de faux? Elle ne fera aucune foi. En effet, dit la cour de cassation, la déclaration est mensongère, mais elle ne constitue pas le crime de faux. Aucune loi n'exige que l'acte de naissance constate que les père et mère du nouveau-né sont mariés; la déclaration est donc

(1) Marcadé, t. Ier, p. 187, n° 4; Demolombe, t. Ier, p. 519 et suiv., n° 320.
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 227, n° 304.

étrangère à la substance de l'acte; dès lors, quoique répréhensible, si elle n'est pas vraie, elle n'est pas un faux puni par le code pénal (1). Elle ne constitue aucun délit (2). Qu'en faut-il conclure pour la force probante? Évidemment le mensonge, qui n'est pas un faux, pas même un délit, ne peut pas faire foi jusqu'à inscription de faux. La déclaration, dans l'espèce, ne fait pas même foi jusqu'à preuve contraire; elle ne fait aucune foi, car elle ne doit pas être faite; dès lors elle ne peut pas être reçue, et si elle est reçue, elle est comme non avenue (3).

La déclaration qu'un enfant naturel est né d'une telle femme fait-elle foi jusqu'à inscription de faux? Nous dirons plus loin qu'il est douteux qu'une pareille déclaration puisse être reçue d'après le code civil, parce qu'il est douteux qu'elle doive être faite. Toujours est-il qu'elle n'est pas de la substance de l'acte, car l'acte de naissance de l'enfant naturel ne prouve rien que le fait matériel de la naissance, il ne donne aucun droit à l'enfant. Dès lors la déclaration de maternité ne peut pas faire foi jusqu'à inscription de faux. Dans l'opinion de ceux qui pensent que le nom de la mère ne doit pas être déclaré, la déclaration ne fait aucune foi. Si l'on admet que la déclaration doit être faite, elle fera foi jusqu'à preuve contraire. Il va sans dire que si le nom du père de l'enfant naturel était énoncé sans son aveu, la déclaration ne ferait aucune foi, car l'officier public n'a pas le droit de la recevoir (4).

On peut objecter contre cette doctrine que la déclaration mensongère de maternité est un faux. La cour de cassation a jugé que la peine de faux a pu et dû être appliquée à une sage-femme qui, à la prière d'une fille accouchée dans sa maison, avait fait inscrire son enfant sous le nom d'une mère supposée (5). Et s'il y a faux, ne faut-il pas une inscription en faux pour combattre la déclaration? La même question se présente dans d'autres cas. Nous

(1) Arrêt du 18 brumaire an XII (Merlin, *Répertoire*, au mot *Faux*, § 3).
(2) Ainsi jugé par la cour de Gand, chambre des mises en accusation (arrêt du 21 janvier 1860, dans la *Pasicrisie*, 1860, 2, 189).
(3) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 231, n° 305.
(4) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 231 et suiv., nos 306, 307.
(5) Merlin, *Répertoire*, au mot *Faux*, § 2.

allons l'examiner après que nous aurons exposé une autre difficulté qui doit être décidée d'après les mêmes principes.

La déclaration que les comparants ont faite de la filiation d'un enfant légitime est fausse. Y a-t-il lieu de s'inscrire en faux? Oui, dit Duranton, car l'acte de naissance prouve la filiation des enfants nés de père et mère mariés. La déclaration est donc de la substance de l'acte. Par conséquent elle doit faire preuve jusqu'à inscription de faux. Lui refuser cette force probante, c'est ébranler l'état des personnes, car les actes de naissance sont la preuve par excellence de la filiation légitime, et nos droits les plus précieux dépendent de la filiation (1). A notre avis, la déclaration de filiation légitime ne fait foi que jusqu'à preuve contraire. Et nous disons la même chose de toute déclaration reçue par l'officier public, alors même que la fausse déclaration constituerait le crime de faux. Ceci est le point le plus difficile de la question.

42. Constatons d'abord qu'il y a des déclarations mensongères qui, d'après la jurisprudence, sont des faux criminels. Pierre déclare qu'un enfant lui est né de son épouse, tandis qu'il est le fruit d'un commerce adultérin. C'est plus qu'une énonciation mensongère, dit la cour de cassation, c'est un faux. En effet, elle a pour objet et pour résultat d'établir une filiation autre que celle de la loi et de la nature (2). Voici un autre cas qui s'est présenté devant les tribunaux belges. Deux personnes présentent à l'officier de l'état civil un enfant du sexe féminin nouvellement né, qu'elles disent avoir trouvé exposé à Namur. Or, cet enfant avait été apporté par les déclarants eux-mêmes à Namur. D'où suit, dit la cour de Gand, qu'ils ont fait une fausse déclaration en écriture authentique, en altérant sciemment la déclaration que l'acte de naissance doit contenir; cette fausse déclaration porte préjudice à la ville de Namur, puisqu'elle met à sa charge, au moins en partie, l'entretien dudit enfant. Donc il y a faux criminel (3).

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 233, n° 308.
(2) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Questions d'état*, § 2, et *Répertoire*, au mot *Maternité*, n° 6.
(3) Arrêt de la cour de Gand du 13 avril 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 86). Com-

Faut-il s'inscrire en faux lorsque les fausses déclarations faites par les comparants constituent le crime de faux? C'est l'avis de Merlin, de Duranton, de Coin-Delisle, et en apparence cette opinion est fondée sur les principes qui régissent la force probante des actes authentiques. On attaque une déclaration consignée dans un acte authentique; cette déclaration constitue un faux; on soutient donc que l'acte est faux; dès lors ne faut-il pas s'inscrire en faux? Oui, il faudrait s'inscrire en faux, si la fausse déclaration émanait de l'officier public; mais on n'est pas obligé de s'inscrire en faux quand on combat des déclarations faites par des comparants. La distinction résulte de l'essence même de l'acte authentique. Qu'est-ce qui imprime l'authenticité à l'acte? Le fait que cet acte est l'œuvre d'un officier public. Or, qu'est-ce qui est l'œuvre de l'officier de l'état civil dans l'acte qu'il dresse? Ce qu'il déclare avoir accompli lui-même ou s'être passé devant lui. Quant aux déclarations émanées des comparants, il n'atteste qu'une chose, c'est qu'elles ont été faites, mais il ne garantit pas leur sincérité. Donc l'acte ne peut pas faire foi de cette sincérité. Il suit de là que celui qui prétend qu'une déclaration est mensongère n'attaque pas l'acte; et dès qu'il n'attaque pas l'acte, il n'y a pas lieu de s'inscrire en faux. Vainement dira-t-on qu'il y a un faux en écriture authentique, que dès lors l'inscription en faux est nécessaire. Nous répondons que les comparants peuvent être coupables de faux sans que l'acte soit faux; car l'acte n'est pas l'œuvre des comparants, il est l'œuvre de l'officier public. Qu'importe donc que les comparants aient fait une fausse déclaration? Ce faux n'empêche pas l'acte d'être sincère, puisque l'acte ne fait que constater le fait matériel de la déclaration; or, si l'acte est sincère, il ne peut plus être question d'une inscription en faux.

On objecte que pour les déclarations qui sont de la substance de l'acte, l'acte doit faire foi de la sincérité de la déclaration, sinon le but de la loi n'est pas atteint. Il en

parez l'arrêt de cassation, rendu dans la même affaire, le 8 novembre 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 42).

est ainsi, dit-on, de la déclaration de filiation, quand les pere et mère sont mariés. Nous répondons que les déclarations des comparants ne doivent et ne peuvent jamais faire foi jusqu'à inscription de faux. Ils ne sont pas officiers publics; cela seul décide la question. Il faudrait une disposition formelle dans la loi pour assimiler des premiers venus à des officiers publics quant à la foi qui est due à leurs déclarations. Mais une pareille assimilation est impossible, parce qu'elle serait contraire à la nature des choses. Vainement dit-on que l'état des hommes serait compromis, si les déclarations qui sont de la substance de l'acte ne faisaient pas foi jusqu'à inscription de faux. Cela n'est pas. Nous ne refusons pas toute force probante aux déclarations des comparants, nous reconnaissons qu'elles font foi jusqu'à preuve contraire. Cela est un immense avantage; celui qui a un acte de l'état civil n'a rien à prouver, l'acte prouve par lui-mêmes. Est-ce un acte de naissance, et les père et mère sont-ils mariés, l'acte prouvera que l'enfant est né de telle femme, et la paternité sera prouvée par voie de présomption. Ceci est déjà bien grave, car enfin cette déclaration peut être mensongère, et elle fera néanmoins foi jusqu'à ce que le contraire soit prouvé. Il est impossible d'aller plus loin (1).

La jurisprudence de la cour de cassation est favorable à l'opinion que nous soutenons. « En thèse générale, dit la cour suprême, il n'y a lieu à inscription de faux que lorsque l'auteur du faux peut être personnellement poursuivi. L'officier public, rédacteur de l'acte dans lequel il insère les déclarations qui lui sont faites par les parties, n'est pas responsable de la sincérité de ces déclarations ; leur fausseté est un mensonge qui n'altère point la substance matérielle de l'acte qu'il a dû rédiger. » Merlin critique cet arrêt; il y a des cas, selon lui, où la fausseté des déclarations altère la substance de l'acte, c'est quand les auteurs peuvent être poursuivis comme faussaires (2). Mais de ce que les déclarants sont faussaires, cela prouve-

(1) Richelot, *Principes du droit civil français*, t. Ier, p. 216 et suiv., note.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Maternité*, n° 6 (t. XX, p. 92 et suiv.).

t-il que l'acte reçu par l'officier public soit faux? Là est, nous semble-t-il, le nœud de la difficulté. Merlin identifie les comparants et l'officier de l'état civil, tandis que, dans la réalité des choses, il y a un abîme entre eux : l'un a une mission sociale dont la confiance de la société l'a investi, les autres n'ont aucune mission. Aussi l'officier public ne s'approprie pas leurs déclarations, et il ne peut pas le faire; il se borne à constater ce qu'ils lui ont déclaré. C'est ce fait matériel qu'il atteste, et rien de plus. Donc il n'y a que ce fait matériel qui soit prouvé jusqu'à inscription de faux.

SECTION V. — Des cas où il n'y a pas de registre

43. La loi prescrit la tenue de registres, afin de donner aux hommes un moyen facile de prouver leur état. Mais comment prouveront-ils les naissances, les mariages et les décès, lorsqu'il n'a pas existé de registres ou lorsque les registres sont perdus? L'article 46 décide qu'en ce cas « les mariages, naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers des père et mère décédés que par témoins. » Ainsi deux espèces de preuves sont admises, les écrits émanés des père et mère et la preuve testimoniale. Mais pour que l'on puisse prouver de cette manière les faits de l'état civil, il faut que l'on fasse d'abord une preuve préalable, à savoir, qu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils sont perdus. Pourquoi la loi subordonne-t-elle les preuves qu'elle admet à cette preuve préalable? Il est rare qu'il y ait des registres ou papiers domestiques; ce sera donc le plus souvent par témoins que l'on prouvera les naissances, les mariages et les décès, dans les cas prévus par l'article 46. Or, le législateur se défie de la preuve testimoniale; il la prohibe, en principe, en matière de conventions; il la repousse aussi quand il s'agit de l'état des personnes. « C'est pour écarter le danger des preuves testimoniales, dit le tribun Siméon, que la loi a institué les registres de l'état civil (1). » Les

(1) Siméon, Rapport au Tribunat (Locré, t. Ier, p. 94, n° 1).

registres sont donc, dans l'esprit du code Napoléon, la preuve par excellence de l'état civil des hommes. Si la loi admet la preuve testimoniale, c'est par nécessité, quand il n'y a ni registres ni papiers domestiques. Mais, même dans cette nécessité, le législateur cherche à diminuer les dangers que présente la preuve par témoins, en exigeant une preuve préalable qui donne quelque probabilité à la demande. C'est en ce sens que Thibaudeau a exposé les motifs de la loi. « Il n'y a, dit-il, que l'autorité des titres publics et de la possession qui rende l'état civil inébranlable... *La preuve testimoniale seule* n'est pas d'un poids ni d'un caractère qui puissent suppléer à ces espèces de preuves ni leur être opposée... L'incertitude de la preuve testimoniale a toujours effrayé les législateurs (1). »

44. Comment se fait la preuve préalable? « Lorsqu'il n'aura pas existé de registres ou qu'ils seront perdus, *la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins.* » Cette disposition est empruntée à l'ordonnance de 1667. Dans l'ancien droit, on décidait sans hésiter que l'expression *tant par titres que par témoins* signifiait que l'une ou l'autre de ces preuves suffisait, qu'il ne les fallait pas cumuler. Rodier faisait là-dessus cette remarque : « Tous les jugements qui ordonnent des preuves, en quelque matière que ce soit, sont conçus en ces termes : *prouvera tant par actes que par témoins;* cependant il suffit de prouver par témoins. » La locution a donc un sens technique, reçu dans le langage du droit; on la trouve dans l'article 232 du code de procédure; elle a le même sens dans l'article 46 du code Napoléon. Il est inutile d'insister davantage sur un point qui ne fait pas de doute (2).

45. Nous supposons que la preuve préalable est faite. Alors on pourra prouver les naissances, les mariages et les décès, *tant par* les papiers émanés des père et mère décédés *que par témoins*. La loi répète dans la seconde partie de l'article 46 l'expression dont elle s'est servie dans la première : *tant par... que par*. Il faut naturellement l'en-

(1) Thibaudeau. Exposé des motifs (Locré. t. Ier, p. 68, n° 7).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Etat civil*, § 2, n° 2.

tendre dans le même sens. Cependant il y a un motif de douter. Thibaudeau dit assez clairement dans l'Exposé des motifs que la preuve testimoniale seule ne sera pas admise; le vœu de la loi est, d'après lui, que l'on ait recours aux registres et papiers domestiques « pour ne pas faire dépendre uniquement l'état, la filiation, l'ordre et l'harmonie des familles, de preuves équivoques et dangereuses. » Malgré ces paroles qui semblent exiger le concours des deux preuves, les auteurs enseignent tous que l'une ou l'autre suffit. En effet, les discours des orateurs du gouvernement ne peuvent pas l'emporter sur le texte. Or, le texte est formel. C'est ainsi que l'on interprétait l'ordonnance de 1667; et Thibaudeau lui-même dit que le code civil ne fait que reproduire les dispositions de l'ordonnance, telle que la jurisprudence l'entendait (1). Cela est décisif. S'il restait quelque doute, l'esprit de la loi le dissiperait. Pourquoi, malgré les dangers de la preuve testimoniale, le législateur l'admet-il? Parce qu'il y a nécessité. Or, il peut se faire qu'il n'y ait pas d'autre preuve, qu'il n'y ait ni registres ni papiers domestiques. Rejeter, en ce cas, la preuve par témoins, ce serait mettre les hommes dans l'impossibilité de prouver leur état. Une pareille doctrine est inadmissible.

Est-ce à dire que l'état des personnes soit livré à la merci de faux témoignages? Non, la loi donne une garantie aux citoyens, c'est le pouvoir discrétionnaire des tribunaux. L'article 46 ne dit pas que les mariages, naissances et décès *seront prouvés* par témoins; il dit qu'*ils pourront être prouvés*. Ces termes laissent une certaine latitude au juge. Nous avons dit que le législateur prescrit une preuve préalable, afin qu'il y ait une probabilité en faveur de la demande. L'esprit de la loi est donc que la preuve testimoniale ne soit admise que si la demande est probable. Qui décidera s'il y a probabilité? Naturellement le juge. Si donc il a la conviction que la demande n'est pas fondée, s'il craint que la preuve par témoins ne présente des

(1) Voyez le témoignage de l'avocat général Gilbert des Voisins, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Etat civil*, § 2, n° 3 (t. XI, p. 124 et suiv.).

dangers, il la repoussera. Ainsi jugé par la cour de cassation (1). Le devoir des tribunaux, dit la cour suprême, est d'apprécier les faits et les circonstances (2). Ce pouvoir d'appréciation était aussi admis dans l'ancien droit, et comme le dit fort bien l'avocat général Gilbert des Voisins il justifie la disposition qui permet de prouver l'état civil par témoins. Dire que le juge est forcé de l'admettre sans discernement, sans connaissance de cause, ce serait aller au-devant des dangers qu'offre ce genre de preuves. Tandis que tous les intérêts sont sauvegardés, si l'on s'en rapporte à la prudence du juge : les citoyens ne seront pas dans l'impossibilité de prouver leur état, mais aussi il y aura une garantie contre les faux témoignages.

46. C'est dans cet esprit, tout ensemble large et prudent, qu'il faut interpréter l'article 46. La loi place en première ligne parmi les preuves qui peuvent suppléer le défaut de registres, les registres et papiers émanés des père et mère décédés. Gilbert des Voisins disait que c'est la meilleure des preuves ; mais pour qu'elle ait cette autorité, il faut que les parents soient décédés. En ce cas, leur témoignage mérite toute confiance; car on ne peut pas supposer qu'ils aient fait de fausses énonciations sur leurs registres en vue d'un procès futur qu'ils ne pouvaient pas prévoir. S'ils vivent encore, leur déclaration peut être suspecte. Est-ce à dire que le juge n'en puisse tenir aucun compte? La question doit encore être posée en termes plus généraux. En disant que l'état civil pourra être prouvé par registres et papiers émanés des père et mère, le code exclut-il toute autre preuve littérale? Il y a un motif de douter. Le Tribunat proposa d'ajouter à l'article 46 ces mots : « ou autres écritures publiques et privées. » Le but de la proposition était précisément d'écarter le doute que fait naître le texte en apparence restrictif de l'article 46. Pourquoi, disait le Tribunat, rejetterait-on des écrits qui se trouveraient chez d'autres personnes que les père et mère? Quand on

(1) Arrêt du 12 décembre 1827 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Etat civil*, n° 129).

(2) Arrêt du 24 mars 1829 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 145).

admet la preuve par témoins, on peut, sans danger aucun, admettre toute espèce de preuve littérale (1). Le conseil d'Etat retrancha les mots : « ou autres écritures publiques et privées. » Pourquoi? Nous l'ignorons, car il n'y eut aucune discussion sur ce point au sein du conseil. On aurait tort d'induire de cette suppression que le législateur n'a pas voulu d'autres écrits que ceux qui émanent des père et mère décédés. Une pareille restriction n'aurait pas de raison d'être, comme l'a très-bien dit le Tribunat. Il est plus naturel de supposer que le conseil d'Etat a cru inutile d'ajouter que toute écriture serait admise, d'abord parce que tel est le droit commun, ensuite parce que l'ordonnance de 1667 était interprétée en ce sens. Cette dernière considération nous paraît décisive (2). Par la même raison, nous croyons que le juge peut tenir compte des papiers domestiques, alors même que les père et mère seraient encore en vie, sauf à apprécier la confiance que ces écrits méritent.

Rodier disait que les papiers domestiques étaient la meilleure des preuves, après les registres de l'état civil. S'il n'y en a pas, la preuve des mariages, naissances et décès pourra se faire par témoins. Il suit de là que le juge peut aussi se fonder sur des présomptions. La cour de Rennes l'a décidé ainsi pour le mariage (3). C'est l'application d'un principe général. D'après l'article 1353, le juge peut admettre les présomptions dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale. Seulement il faut que les présomptions soient graves, précises et concordantes : ce qui est une question de fait abandonnée à la prudence du magistrat. L'on voit, en définitive, qu'en cette matière, le législateur, tout en posant des principes, s'en rapporte, pour l'application, à la discrétion du juge. C'est nécessité. La preuve que le législateur préfère, celle qu'il prescrirait à l'exclusion de toute autre, si la chose était possible, ce sont les registres. Mais quand cette preuve fait défaut,

(1) Observations de la section de législation du Tribunat (Locré, t. II, p. 85, n° 2).
(2) Voyez le passage de Rodier, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *État civil*, § 2, n° 2 (t. XI, p. 124).
(3) Arrêt du 25 mars 1820 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*).

l'intérêt des citoyens demande que l'on en admette d'autres. C'est en quelque sorte malgré lui que le législateur fait cette concession; il veut que les tribunaux soient en garde contre le danger des preuves équivoques, mais il ne trouve d'autre remède contre le mal qu'il redoute que la conscience éclairée du juge. Tel était l'avis d'un magistrat distingué sous l'ancien droit (1); et tel est encore l'esprit de la jurisprudence moderne.

47. C'est d'après ces principes, croyons-nous, qu'il faut décider les nombreuses difficultés auxquelles donne lieu l'application de l'article 46. Il permet de prouver par témoins les mariages, les naissances et les décès dans deux cas : lorsqu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils sont perdus. On demande si la loi est restrictive? n'y a-t-il pas d'autres cas que ceux qui sont prévus par la lettre de la loi, dans lesquels la preuve de l'état civil peut se faire par papiers domestiques ou par témoins? A s'en tenir au texte, la question est très-douteuse; pour mieux dire, on pourrait soutenir qu'il n'y a pas de doute; la loi étant claire et formelle, n'est-ce pas le cas de dire qu'il faut s'en tenir à la lettre? A l'appui de cette interprétation restrictive, on peut citer les paroles des orateurs du gouvernement et du Tribunat, qui manifestent une crainte extrême des dangers qu'entraîne la preuve testimoniale. Si le législateur l'a admise, c'est parce qu'il voit un commencement de preuve, une probabilité dans le fait de la non-existence ou de la perte des registres. Cette probabilité n'est-elle pas la condition sous laquelle la loi admet d'autres preuves que les registres? Dès lors, si cette preuve préalable vient à manquer, ne faut-il pas dire qu'il n'y a pas lieu à appliquer l'article 46?

Cependant la jurisprudence et la doctrine admettent que l'article 46 n'est pas restrictif. La cour d'Aix l'a décidé en termes formels, ainsi que la cour de Montpellier (2). C'est un principe qui n'est plus contesté, bien que le dissentiment

(1) Voyez le réquisitoire de Gilbert des Voisins, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *État civil*, § 2, n° 3 (t. XI, p. 124-126).
(2) Arrêts du 28 mars 1811 et du 12 février 1823 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n°s 138 et 139).

soit grand quand il s'agit de déterminer la portée ou les limites de l'interprétation extensive. Il faut donc nous arrêter au principe, afin de lui donner toute la précision possible. La cour de Montpellier remarque que l'article 46 ne dit pas que la preuve par papiers domestiques et par témoins *ne* sera admise *que* dans les deux cas prévus par la loi; les termes sont démonstratifs et n'excluent pas d'autres cas. Ainsi le veut aussi l'esprit de la loi. Peut-on croire, dit Merlin, que le législateur ait voulu mettre des citoyens dans l'impossibilité de prouver leur état, alors que l'impuissance où ils se trouvent de produire des actes inscrits sur des registres ne peut leur être imputée, puisque le seul coupable, après tout, c'est l'officier public (1)? Ce qui, à notre avis, est décisif en faveur de l'interprétation extensive, c'est qu'elle était admise dans l'ancien droit. L'ordonnance de 1667, de même que l'article 46, ne parlait que du défaut et de la perte des registres. Elle ne parlait pas du cas où il y avait des registres, mais imparfaits, irréguliers, altérés. Est-ce à dire que, dans tous les cas non prévus par l'ordonnance, on rejetait la preuve par papiers domestiques ou par témoins? Non, dit Gilbert des Voisins : « dans une matière aussi importante en espèces bizarres, dont il est impossible de prévoir la diversité, la loi n'a pas eu l'intention de s'expliquer précisément sur ces cas singuliers, et n'a pas cru pouvoir le faire; elle les a laissés à la prudence du juge (2). » Il était donc admis comme principe que, si les juges devaient être très-difficiles à permettre la preuve par témoins, ils pouvaient néanmoins le faire dans tous les cas où les citoyens n'étaient pas en état de prouver par registres les mariages, naissances et décès. L'interprétation extensive était abandonnée à leur discrétion. Reste à savoir si l'article 46 doit être entendu dans le même sens.

Le code Napoléon ne fait que reproduire l'ordonnance de 1667; c'est donc cette ordonnance, avec l'interprétation qu'elle a reçue, qui doit servir à interpréter l'article 46.

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Décès*, § 1 (t. V, p. 29).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Etat civil*, § 2, n° 3 (t. XI, p. 125).

On ne peut pas isoler cette disposition, et l'appliquer dans un sens littéral, sans tenir compte de la source d'où elle émane. Portalis dit que l'on ne fait pas les codes, qu'ils se font avec le temps. Quand il s'agit d'une règle traditionnelle, il faut, pour en saisir le sens et la portée, consulter la tradition. Or, l'histoire du droit nous dit que le législateur ancien voulait laisser une grande latitude au juge; dès lors on doit admettre que tel est aussi l'esprit du législateur moderne. Nous avons sur ce point un témoignage considérable dans la discussion du conseil d'Etat. Cambacérès dit que la cour de Lyon demandait si la preuve admise par l'article 46 dans le cas de non-existence ou de perte des registres, le serait également pour réparer l'omission des actes. Thibaudeau répondit qu'il serait très-dangereux de prévoir le cas d'omission, que mieux valait laisser ces questions dans le domaine des tribunaux, qui y statueraient *suivant les circonstances* (1). C'est dire que les tribunaux ont en cette matière un grand pouvoir d'appréciation, comme ils l'avaient dans l'ancien droit. Ils ne sont pas liés par un texte restrictif; il y a des circonstances qui ne rentrent pas dans les deux cas prévus par l'article 46, et où néanmoins le juge pourra admettre la preuve par papiers domestiques et par témoins. C'est la remarque de Merlin (2).

48. Il y a toutefois une raison de douter. Interpréter l'article 46 en ce sens que tout dans l'application est abandonné au pouvoir discrétionnaire du juge, c'est, en définitive, admettre en principe que l'état civil dépend de la preuve par témoins. Or, le législateur se défie de la preuve testimoniale, à ce point qu'il la prohibe quand il s'agit d'intérêts pécuniaires dépassant la somme minime de cent cinquante francs. A plus forte raison doit-il la repousser quand l'état des hommes est en cause. Et c'est bien en ce sens que Thibaudeau et Siméon ont expliqué l'esprit de la loi. L'article 46, en déterminant les cas où la preuve par témoins est admissible, a voulu garantir les citoyens contre

(1) Séance du 6 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 37, n° 24).
(2) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Décès*, § 1 (t. V, p. 31).

les dangers de la preuve par témoins. S'écarter du texte, n'est-ce pas tomber sur l'écueil que le législateur a voulu éviter?

Nous avouons que tel serait le sens de l'article 46, si on pouvait l'isoler des précédents. Mais quand on le met en rapport avec l'ancien droit, il prend une tout autre signification. Nous avons déjà cité le remarquable réquisitoire de Gilbert des Voisins; consultons-le encore. Il répond directement à l'objection très-sérieuse que nous venons de soulever. Non, le législateur ne suit pas, en matière d'état, les principes qu'il a établis pour les preuves en général. S'agit-il de conventions, la loi prohibe la preuve testimoniale; elle ne l'admet que par exception, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, lorsqu'il y a un accident imprévu où il ne pourrait avoir été fait d'actes. « Il n'en est pas de même, dit Gilbert, pour la preuve de l'état. L'ordonnance dit bien que cette preuve sera reçue par des registres publics qui feront foi; elle prévoit le cas de leur inexistence, elle indique une route à suivre en ce cas, et elle désigne d'autres sortes de preuves. Du reste, nulle part elle ne défend expressément la preuve testimoniale; elle ne parle ni de commencement de preuve par écrit, ni d'accident imprévu; il semble même qu'elle évite d'employer des termes trop impératifs; elle ne dit pas que la preuve de l'état *ne* sera reçue *que* par des registres publics, mais seulement qu'elle *sera reçue* par des registres qui feront foi. Dans le cas de l'inexistence des registres, elle ne dit pas que l'état *sera* justifié tant par les papiers domestiques des père et mère que par témoins, mais seulement qu'il *pourra l'être*. Enfin, elle ne dit pas que, en ce cas, les papiers domestiques seront nécessaires, elle ne dit pas non plus que la preuve testimoniale toute seule suffira; elle dit que l'état pourra être justifié tant par l'une que par l'autre preuve : expression mitoyenne qui semble choisie exprès pour laisser quelque sorte d'indécision, et pour donner quelque liberté médiocre à la prudence des juges (1). »

Ces paroles s'appliquent à la lettre au code Napoléon.

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Etat civil*, § 2, n° 3 (t. XI, p. 125).

car il reproduit textuellement l'ordonnance. Il en résulte que le juge a une plus grande latitude en matière d'état qu'en matière de conventions, pour l'admission de la preuve testimoniale. Tandis que tout est restrictif dans la preuve des conventions, tout est, à dessein, vague et indécis quand il s'agit de l'état des personnes. Nous en avons déjà dit la raison, c'est la nécessité. « Ce n'est qu'avec regret sans doute, dit l'orateur du Tribunat, que le législateur autorise, dans une matière si importante, la preuve testimoniale, mais elle est *nécessaire*; elle est le seul moyen que puissent invoquer une foule d'individus qu'il serait aussi trop injuste de priver de leur état, parce que les registres où il aurait été constaté seraient perdus (1). » Si la *nécessité* est le principe de la loi, il serait peu logique d'en limiter l'application à un ou deux cas. La nécessité est une question de fait; ce n'est pas le législateur, c'est le juge qui la constate. Et dès qu'il reconnaît qu'il est nécessaire d'admettre la preuve par témoins, il faut qu'il puisse l'ordonner. Ainsi le veut la logique des principes.

On dira : A quoi bon alors indiquer deux cas dans l'article 46? Pourquoi ne pas dire tout simplement que tout, en cette matière, est abandonné à l'appréciation du juge? C'est que, dans l'esprit de la loi, le pouvoir discrétionnaire n'est pas un pouvoir arbitraire. Le législateur ne veut pas que la preuve testimoniale soit admise à tort et à travers; il exige une preuve préalable, c'est-à-dire une probabilité, une certaine vraisemblance en faveur de la demande. Il indique ensuite deux cas dans lesquels cette vraisemblance existe. Ce sont donc des exemples qu'il donne, c'est une explication de sa pensée, ce n'est pas une restriction qu'il impose. Le législateur ne pouvait pas prévoir tous les cas où la demande serait probable, parce que, encore une fois, cela est une question de fait, et il serait très-illogique, très-imprudent de vouloir d'avance prévoir tous les cas où la vraisemblance de la demande autorise la preuve testimoniale; il s'en présenterait toujours de nouveaux, et s'ils étaient exclus, la loi serait injuste pour le citoyen qu'elle

(1) Discours de Chabot de l'Allier (Locré, t. II, p. 105, n° 11).

mettrait dans l'impuissance de prouver son état. Donc il fallait se borner à des exemples qui fissent connaître l'esprit de la loi. Vainement dira-t-on que ce vague est dangereux; il y a un plus grand danger, c'est de compromettre l'état des hommes, en rendant impossible la preuve de leur état.

C'est cette interprétation que la jurisprudence a consacrée. On peut dire que les tribunaux ont le plus souvent décidé sous la pression de la nécessité. Tel est précisément le principe de la loi. Si les auteurs ne sont pas toujours d'accord avec les arrêts, c'est qu'ils ne subissent pas l'influence des faits; ils manient les principes comme des formules mathématiques. Nous croyons qu'en cette matière la jurisprudence est dans le vrai, et que la doctrine a tort de vouloir établir des principes absolus là où tout est nécessairement indécis et flottant.

49. Cela est si vrai que les auteurs se sont vus forcés d'admettre la preuve de l'état par papiers domestiques et témoins, en dehors du texte de l'article 46. Ainsi tout le monde s'accorde à dire que s'il y a des registres, mais qu'une feuille y manque, la preuve testimoniale sera admise. Il est évident que ce cas n'est pas prévu par le texte de la loi. Mais, dit la cour de cassation, la disposition de l'article 46 n'est pas limitée au seul cas de la perte totale et absolue des registres; la soustraction d'une seule feuille peut, *selon les circonstances*, être considérée par les juges comme équivalente à l'absence totale des registres, si le demandeur soutient que son acte de naissance, mariage ou décès a dû être inscrit sur la feuille perdue ou soustraite. C'est là un fait dont les conséquences appartiennent à l'arbitrage du juge, qui peut, en pareil cas, ou admettre la partie à la preuve testimoniale de l'acte dont elle a intérêt d'établir l'existence, ou lui refuser cette preuve (1). Cette opinion est admise par tous les auteurs (2).

On le décidait déjà ainsi dans l'ancien droit. L'interpré-

(1) Arrêt du 21 juin 1814 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 143, t. II, p. 528).

(2) Voyez les témoignages dans Dalloz, au mot *Actes de l'état civil*, n° 141.



tation que Rodier donnait à l'ordonnance est suivie, sous l'empire du code Napoléon, par tous les auteurs. Pourquoi s'écartent-ils du texte? Rodier en donne une raison péremptoire : « Si, dans un registre, dit-il, il se trouvait manquer une feuille, ce serait comme si tout le registre manquait; car chaque partie n'a intérêt qu'à la feuille qui regarde le baptême, le mariage ou le décès dont il s'agit; et puisque l'ordonnance permet la preuve quand le registre entier est perdu, pourquoi ne l'admettrait-on pas quand une partie du registre est perdue? » On le voit, la doctrine procède ici par interprétation extensive, et avec raison. On suppose qu'une feuille a été arrachée par un tiers. Si l'acte que le demandeur a intérêt de produire se trouvait sur cette feuille, lui dira-t-on qu'il n'est pas admis à la preuve par témoins parce qu'il y a un registre? Il lui est tout aussi impossible de représenter un seul acte détruit que de représenter tout un registre détruit. Il y a donc nécessité d'admettre une autre preuve que les registres. Cette preuve ne sera cependant pas reçue de plein droit : le juge décidera d'après les circonstances, comme le dit la cour de cassation, si la demande est vraisemblable (1).

50. La tenue des registres a été interrompue. Sera-t-on admis à prouver les mariages, les naissances et les décès qui se rapportent à l'époque de l'interruption? Oui, disent tous les auteurs. Cependant il y a un registre, nous ne sommes donc pas dans le texte. Mais qu'importe? Si la naissance du demandeur a eu lieu pendant le mois où il n'a pas été tenu de registre, exigera-t-on de lui qu'il prouve sa naissance par un acte inscrit sur les registres de l'état civil? Ce serait demander l'impossible; il y a donc nécessité d'admettre une autre preuve. Est-ce à dire qu'il sera reçu à faire preuve de sa naissance par témoins, par cela seul que le registre n'a pas été tenu pendant un mois? Non, le juge décidera, d'après les circonstances, s'il y a quelque probabilité que la naissance coïncide avec l'époque

(1) Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I[er], p. 190, n° 2; Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 137.

où les registres n'ont pas été tenus. C'est encore une application du principe tel que nous l'avons formulé : nécessité d'une part, probabilité de l'autre.

La jurisprudence applique le même principe au cas où les registres sont tenus sans ordre de date, et avec une telle irrégularité que leur seule inspection prouve que les actes n'y ont pas été inscrits jour par jour, mais plutôt après coup. Ainsi décidé par la cour d'Agen (1). Les registres, dans l'espèce, contenaient une foule d'actes placés hors de leur ordre chronologique et à la suite d'autres actes qu'ils auraient dû précéder. En réalité, les registres qui étaient destinés pour 1793 n'avaient été remplis qu'en 1794, ce qui prouve que l'officier public les avait rédigés de mémoire, ou sur des notes prises par lui. De pareils registres, dit l'arrêt, ne sont pas des registres; et il serait bien malheureux pour les citoyens que l'imprévoyance, l'incurie ou l'ignorance d'un officier de l'état civil les privât de l'état que la loi leur assure.

Même décision de la cour de Riom. Les registres, dit-elle, n'offrent partout que confusion, désordre, mensonge, contradiction; il est évident qu'ils ont été faits après coup et copiés sur de faux documents, même avec des blancs laissés au milieu des actes, qu'on a remplis ensuite d'une écriture différente du corps des actes. Si, continue l'arrêt, la loi accorde pleine foi aux registres de l'état civil, elle a supposé des registres réguliers, vrais en eux-mêmes et tenus selon les formes qu'elle prescrit. Des registres évidemment et matériellement faux ne peuvent être considérés que comme une absence de registres, car c'est la même chose de n'exister point ou de n'exister que dans une forme contraire à la raison et à la loi. Dans cet état de choses, la cour décida qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 46 (2).

51. Les registres sont tenus, en apparence, avec régu-

(1) Arrêt du 9 germinal an XIII (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 149).

(2) Arrêt du 30 janvier 1810 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 149, t. II, p. 583). Comparez arrêt de la cour de Bordeaux du 9 mars 1812 (Merlin, *Répertoire*, au mot *État civil*, § 3, n° 4, t. XI, p. 147).

larité; mais le demandeur prétend qu'un acte qui l'intéresse y a été omis. Sera-t-il admis à la preuve testimoniale? Sur cette question, la doctrine et la jurisprudence sont divisées. La plupart des auteurs soutiennent que l'article 46 est inapplicable. Duranton dit qu'il n'oserait pas admettre la preuve testimoniale en ce cas, parce que ce serait ouvrir la porte à un arbitraire sans bornes. Marcadé, à sa façon, est plus catégorique; il déclare que c'est une *erreur certaine* d'étendre à l'hypothèse de l'omission ce que la loi dit de la non-existence ou de la perte des registres. Si l'on pouvait, dit-il, prouver l'état par témoins, sur la seule allégation d'une omission que rien ne constate, on pourrait *toujours* prétendre qu'il y a omission, et il faudrait dire, d'une manière absolue et sans aucune restriction, que les mariages, naissances et décès pourront *toujours* se prouver par témoins. En définitive, l'exception deviendrait la règle. M. Demolombe s'exprime avec la même fermeté, c'est son expression, et il proclame que sa conviction à cet égard est absolue (1). Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles en ce sens, mais il est isolé. La jurisprudence admet la preuve testimoniale en cas d'omission (2).

C'est s'écarter, il est vrai, du texte de l'article 46. Mais les auteurs qui critiquent cette interprétation de la loi n'en ont-ils pas eux-mêmes donné l'exemple, en appliquant l'article 46 à des cas que certainement il ne prévoit pas? Si l'on peut prouver l'état par témoins lorsque la tenue des registres a été interrompue ou irrégulière, quoique la lettre de la loi ne le permette pas, pourquoi ne le pourrait-on pas quand un acte a été omis? On dira que l'irrégularité, que l'interruption sont des faits qui se constatent par l'inspection des registres, tandis que rien ne prouve l'omission. Cela est vrai, mais cela ne prouve qu'une chose, c'est que le juge admettra plus difficilement la preuve testimoniale en cas d'omission. Il n'est pas exact de dire que la preuve testimoniale deviendra la règle. Non;

(1) Duranton, t. Ier, p. 220, n° 297; Marcadé, t. Ier, p. 190, n° 2; Demolombe, t. Ier, p. 530, n° 324.

(2) Voyez les arrêts cités par Coin-Delisle, *Commentaire analytique du titre II*, p. 31, n° 20.

dans l'esprit de la loi, le juge n'admettra la preuve par témoins que si la demande est probable. Question de circonstances, comme l'a dit Thibaudeau au conseil d'Etat, précisément pour le cas d'omission. Or, les circonstances peuvent être telles, qu'il serait inique de refuser la preuve par témoins. Un homme disparaît dans la guerre de la Vendée, alors que l'insurrection est dans toute sa fureur. N'admettra-t-on pas la preuve du décès par témoins? La guerre civile qui sévit et qui moissonne les Vendéens n'est-elle pas une probabilité aussi grande pour le demandeur que l'inexistence ou la perte des registres? Il y a donc nécessité et il y a probabilité. Dès lors on est dans l'esprit de l'article 46. C'est ce qu'a décidé la cour de Toulouse (1). La cour de Gand a porté la même décision dans des circonstances plus ordinaires. Un mari déclare le décès de sa femme ; l'officier de l'état civil promet de dresser l'acte de décès ; il le néglige. Mais il délivre la permission d'inhumer. Il y a là, dit l'arrêt, un commencement de preuve par écrit, en quelque sorte ; ce qui rend la demande probable et autorise, par suite, l'admission de la preuve testimoniale (2). On voit qu'il n'est pas exact de dire que la jurisprudence admet la preuve par témoins comme règle. Il ne suffit pas qu'un individu vienne prétendre qu'un acte de l'état civil a été omis sur les registres, pour que le juge lui permette cette preuve. Non, il faut de graves probabilités (3). Où le magistrat les puise-t-il? Tantôt dans des faits non contestés, tantôt dans des écrits. La garantie contre les abus que l'on redoute se trouve dans la prudence des tribunaux (4).

52. Il se présente une dernière question et qui est la

(1) Arrêt du 21 mars 1810 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 152).

(2) Arrêt du 22 mai 1840 (Dalloz, au mot *Actes de l'état civil*, n° 152, t. II, p. 535). Comparez arrêt de la cour de Bruxelles du 9 avril 1832 (*Jurisprudence du* XIX*e siècle*, 1832, 3, p. 158).

(3) « Des présomptions graves et imposantes, » dit l'arrêt de la cour de cassation du 22 décembre 1819 (Dalloz, au mot *Actes de l'état civil*, n° 150, t. II, p. 534).

(4) L'opinion que nous enseignons est celle de Merlin, de Coin-Delisle et de Dalloz (Coin-Delisle, *Commentaire analytique du titre II*, p. 30, n° 20).

plus douteuse. L'article 46 est-il applicable quand l'acte a été inscrit sur une feuille volante? En apparence, ce cas rentre dans celui de l'omission. En effet, il n'y a point d'acte inscrit sur les registres, et d'un autre côté l'écrit informe dressé par l'officier public ne donne-t-il pas de la vraisemblance à la demande? Il y a cependant un motif de douter. On ne peut pas dire, dans l'espèce, que l'officier de l'état civil n'a pas dressé d'acte, il n'y a pas d'omission proprement dite. L'omission suppose que rien n'a été fait. Or, l'officier public a fait quelque chose, il a rédigé un acte, seulement cet acte est irrégulier; on peut dire, et c'est notre opinion, que ce n'est pas un acte. La voie légale, nous semble-t-il, serait de poursuivre l'officier public, et d'insérer le jugement sur les registres. Le résultat, en définitive, est le même, puisque dans tous les cas il faut recourir à la preuve testimoniale. Si nous ne l'admettons pas directement en vertu de l'article 46, c'est que nous ne sommes pas dans le cas prévu par la loi (1).

53. Il reste encore des difficultés dans cette matière si difficile. Merlin admet l'interprétation extensive de l'article 46; mais il fait une restriction pour le cas de décès. Une femme demande à faire preuve, par témoins, du décès de son mari, dans le but de se remarier. Le peut-elle? Il nous semble que la question n'est pas même douteuse. L'article 46 permet de prouver le décès par témoins, et dès qu'il est prouvé que le mari est décédé, la femme peut se remarier. Merlin est effrayé des dangers que présente cette doctrine. Ne risque-t-on pas d'autoriser la bigamie, sur une preuve équivoque et chanceuse? Il voudrait que l'on restreignît l'article 46 aux cas où il ne s'agirait que d'intérêts pécuniaires. Cela est inadmissible. C'est scinder la loi, scinder la preuve qu'elle admet. Quoi! une personne sera décédée ou ne sera pas décédée, selon qu'il s'agira de tels ou de tels intérêts! Merlin n'est pas même conséquent, comme cela arrive aux meilleurs esprits quand ils sont engagés dans une voie illogique. Il devrait re-

(1) Demolombe dit qu'il n'y a pas lieu à admettre l'article 46 (t. Ier, p. 526, n° 323). Dalloz professe l'opinion contraire (au mot *Actes de l'état civil*, n° 147).

pousser toute application de l'article 46, parce qu'il y a toujours à craindre de faux témoignages. Et néanmoins il y a des cas où il admet la preuve testimoniale pour la femme qui veut se remarier, il y a des cas où il ne l'admet pas (1). Nous concevons que le législateur établisse de ces distinctions; mais le juge le peut-il? n'est-ce pas faire la loi au lieu de l'interpréter?

On demande encore si la preuve de la naissance, faite en vertu de l'article 46, établira la filiation de l'enfant légitime? Nous renvoyons l'examen de cette question au titre de la Filiation.

CHAPITRE II.

DES DIVERS ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

54. Le code, au titre II, ne parle que de trois actes de l'état civil : des actes de naissance, de mariage et de décès. Il y en a encore d'autres; tels sont : les actes de publications de mariage, pour lesquels le code prescrit un registre à part, mais simple (art. 63) ; les actes de divorce (art. 258, 294); les actes d'adoption (art. 359) ; les actes de reconnaissance d'enfant naturel (art. 49, 62 et 354). Nous suivrons la classification du code, en renvoyant néanmoins, comme font tous les auteurs, les dispositions sur l'acte de mariage au titre du Mariage.

SECTION I. — Des actes de naissance.

§ Ier. *Des enfants légitimes.*

55. Nous ne ferons qu'indiquer les dispositions du code, la matière ne donnant lieu à aucune question de principe. La loi veut que les déclarations de naissance se fassent à l'officier de l'état civil, dans les trois jours de

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Etat civil*, § 3.

l'accouchement. Après ce délai, l'officier public ne peut plus recevoir la déclaration. D'après un avis du conseil d'État du 8 brumaire an XI, il faut un jugement, rendu contradictoirement avec les parties intéressées, sur les conclusions du ministère public.

L'article 56 détermine les personnes qui doivent faire la déclaration de naissance. C'est une obligation sanctionnée par une peine (code pénal belge, art. 361).

L'enfant doit être présenté à l'officier public (art. 55). C'est une formalité essentielle. Elle imprime force probante au fait de la naissance, jusqu'à inscription de faux.

L'article 57 prescrit les énonciations que doit contenir l'acte de naissance. Comme l'officier public ne fait qu'énoncer ce que les parties lui déclarent, il faut que les comparants fassent toutes les déclarations qui doivent être mentionnées dans l'acte, aux termes de l'article 57.

Le code contient des dispositions spéciales pour les enfants nés pendant un voyage de mer (art. 59-62).

§ II. *Des enfants naturels.*

56. Il y a des enfants malheureux que leurs parents exposent à la pitié publique. Le code veille à ce qu'ils soient remis à l'officier de l'état civil, avec tous les renseignements qui pourront un jour les aider à retrouver une famille (art. 58). Nous n'avons à nous occuper que des enfants naturels dont la naissance est déclarée à l'officier public. Il va sans dire que la naissance de tous les enfants doit être déclarée, sans distinguer s'ils sont naturels ou légitimes. L'orateur du Tribunat en a fait la remarque, et il était même inutile de la faire. Mais qu'est-ce que les comparants doivent déclarer? Nous venons de dire que la *déclaration* de naissance doit contenir toutes les énonciations que doit constater l'*acte* de naissance; or, l'article 57 veut que l'officier de l'état civil y énonce les noms des père et mère. Cette disposition est-elle applicable aux enfants naturels?

Tout le monde est d'accord que le nom du père ne doit

pas être déclaré. On se fonde sur l'article 340 qui prohibe la recherche de la paternité. Cela est dit textuellement dans le discours du rapporteur du Tribunat. « De l'obligation de nommer le père, dit Siméon, on n'induira point qu'il doit être nommé s'il ne se déclare pas... Sans doute la naissance suppose un père; mais quel est-il? Il est incertain, à moins que son mariage ne le manifeste, ou que, déchirant lui-même le voile sous lequel le mystère de la génération le tient enveloppé, il ne se montre et ne se nomme. Le sens de l'article 57 est donc qu'on n'énoncera que le père qui veut ou qui doit être déclaré (1). » Nous n'insistons pas sur ce point, puisqu'il est universellement admis. Il en résulte que l'officier de l'état civil ne peut pas énoncer le nom du père, alors même qu'il lui serait déclaré. C'est une conséquence évidente du principe posé par l'article 35 (2).

Mais que faut-il dire du nom de la mère? La question est très-controversée et, à notre avis, elle est douteuse (3). Il faut avant tout préciser le vrai point de la difficulté. Ceux qui l'ont examinée et résolue en sens divers se sont trop préoccupés de la théorie, c'est-à-dire de ce que le législateur a dû faire. Qu'importe qu'au point de vue des vrais principes, le nom de la mère doive être déclaré? C'est bien notre opinion, et si nous avions une loi à faire, nous la formulerions nettement en ce sens. Mais l'interprète n'a point à voir ce que le législateur aurait dû faire, il doit voir ce qu'il a fait. Et pour savoir ce qu'il a fait, il faut consulter les textes. C'est ce que nous allons faire.

57. Quand on demande ce que l'officier public doit énoncer dans l'acte qu'il reçoit, il ne faut pas perdre de vue le principe fondamental posé par l'article 35. Or, sur ce point nous connaissons la volonté du législateur : il défend aux officiers de l'état civil de rien insérer dans les actes *que ce qui doit être déclaré par les comparants*. Et tous les orateurs du gouvernement et du Tribunat nous ont dit que

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 97, n° 21.
(2) Voyez plus haut, p. 28, n° 17.
(3) Voyez sur cette question le Mémoire couronné de M. Alfred Seresia: *De l'acte de naissance de l'enfant naturel* (Bruxelles, 1869, p. 34 et suiv.).

rien ne doit être déclaré par eux que ce que la loi leur ordonne de déclarer. La question que nous examinons se réduit donc à savoir s'il y a une loi qui ordonne de déclarer le nom de la mère naturelle. Or, le code ne parle pas de la mère naturelle ; l'article 57, le seul que nous ayons sur la matière, prescrit, il est vrai, d'énoncer les noms des père et mère ; mais tout le monde convient que cet article ne s'applique pas au père naturel, il ne s'applique donc qu'au père légitime ; et comment veut-on que les mots *père et mère* signifient, dans une seule et même phrase, père légitime et mère naturelle ou légitime ? Cela se comprendrait, s'il y avait une autre disposition dans le code qui ordonnât de déclarer le nom de la mère naturelle ; alors l'article 57 serait une simple disposition d'application, et il ne faudrait plus y faire la distinction entre la mère naturelle et la mère légitime. Mais, nous le répétons, l'article 57 est le seul que nous ayons. Dès lors, parlant des *père et mère*, et entendant par *père* le *père légitime*, il est impossible qu'il entende par *mère* la *mère naturelle ou légitime*.

Nous disons plus : l'article 57 ne peut pas s'entendre de la *mère naturelle* pas plus que du *père naturel*. Pourquoi l'article 35 limite-t-il les énonciations que l'officier public *peut* recevoir à celles qui *doivent* être déclarées en vertu de la loi ? C'est parce que, dans le système du code, on ne doit énoncer que ce qui est destiné à faire foi. Or, qu'est-ce que l'acte de naissance est destiné à prouver ? Il prouve la filiation quand les père et mère sont mariés ; voilà pourquoi l'article 57 veut qu'on énonce leurs noms ; l'énonciation est donc substantielle. Est-ce que l'acte de naissance prouve aussi la filiation des enfants naturels ? Non ; leur filiation ne se prouve que par l'acte de reconnaissance. Dès lors, par application du principe de l'article 35, les noms des père et mère de l'enfant naturel ne doivent pas être déclarés. Donc l'article 57, qui prescrit l'énonciation des père et mère, ne peut pas s'entendre des père et mère naturels.

58. Nous avons dit que la question est controversée et qu'elle nous paraît très-douteuse. D'abord la pratique uni-

verselle est contraire à l'opinion que nous venons d'émettre. Les auteurs sont divisés. Marcadé avoue que, d'après la rigueur des principes, il faudrait dire que le nom de la mère ne doit pas être déclaré, et que si la déclaration est faite, l'officier de l'état civil ne peut pas la recevoir (1). Dans sa première édition, M. Demolombe a vivement soutenu cette doctrine; il a fini par l'abandonner, à cause de « la pratique contraire, constante et universelle (2). » Sur quoi se fonde l'opinion générale?

Remarquons d'abord que ceux qui la professent ne s'accordent pas entre eux. Demante enseigne que la déclaration du nom de la mère naturelle est facultative : « Il serait aussi dangereux qu'immoral, dit-il, de forcer les personnes qui assistent à un accouchement, ou celles qui reçoivent la femme en couches dans leur maison, à violer le secret qui leur est commandé, et dont l'observation est pour la plupart de ces personnes une règle de profession (3). » Ces motifs s'adressent au législateur et non à l'interprète. Au point de vue des textes et des principes, l'opinion de Demante est souverainement illogique. Le code ne connaît point de déclaration facultative. Ou une déclaration est ordonnée par la loi ou elle ne l'est pas : dans le premier cas, l'officier public doit la recevoir; dans le second, il ne le peut. Y a-t-il un texte qui commande de déclarer le nom de la mère naturelle, alors l'officier public doit constater la déclaration; n'y a-t-il pas de texte, l'officier ne peut pas la recevoir, quand même elle lui est faite. La logique des principes le veut ainsi; M. Demolombe l'avoue, bien qu'il se soit rallié à cette opinion illogique, sans doute parce qu'il en résulte un moindre mal. Mais encore une fois, l'interprète n'a pas à se préoccuper des avantages ou des inconvénients que produit la loi. Avant tout, il faut voir s'il y a une loi.

59. La cour de cassation de Belgique a décidé à plusieurs reprises que le nom de la mère naturelle doit être déclaré; notons cependant qu'un de ces arrêts a été rendu

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 181.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 487.
(3) Demante, *Cours analytique de code civil*, t. Ier, p. 161, no 102 *bis*, II

sur les conclusions contraires du procureur général (1). La cour prend pour point de départ l'article 46, qui oblige le père de déclarer la naissance de l'enfant. Il est certain que la naissance de l'enfant naturel doit être déclarée. C'est sur cette déclaration que l'officier de l'état civil rédige l'acte; il faut donc que le comparant déclare tout ce qui doit être énoncé dans l'acte, conformément à l'article 57; donc aussi le nom de la mère. Oui, si l'article 57 exigeait la mention du nom de la mère naturelle. La cour prétend que l'affirmative est prouvée par les termes généraux de la loi, qui ne distinguent pas entre les père et mère légitimes et les père et mère naturels. Si on ne l'applique pas au père naturel, c'est à cause de l'article 340 qui prohibe la recherche de la paternité, tandis que la loi permet la recherche de la maternité. Ici, nous semble-t-il, il y a un vice de raisonnement. La recherche de la paternité et de la maternité n'a rien de commun avec l'interprétation de l'article 57. La loi a prescrit les énonciations qui doivent faire foi; or, l'acte de naissance ne fait jamais foi de la filiation, pas plus de la filiation maternelle que de la filiation paternelle; dès lors, qu'importe que la recherche de la maternité soit admise, et que la recherche de la paternité soit prohibée?

La cour cite encore les articles 60, 61 et 93. D'après ces articles, s'il naît un enfant pendant un voyage de mer ou à l'armée, une expédition de l'acte de naissance doit être envoyée à l'officier de l'état civil du domicile du père *ou de la mère*, si le père est inconnu, ce qui implique que le nom de la mère doit être énoncé dans l'acte, alors même qu'elle est naturelle. L'argument est loin d'être décisif. Dire que l'acte de naissance doit être envoyé au domicile de la mère, c'est supposer que la mère est connue; or, elle peut l'être par son propre aveu, par la reconnaissance qu'elle a faite dans l'acte. En tout cas, ce n'est pas ordonner que son nom soit déclaré par les comparants.

La cour invoque encore la loi du 20 septembre 1792. Mais, chose singulière, cette loi est aussi invoquée par les

(1) Arrêts du 14 novembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 1, 28) et du 10 juillet 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 1, 309).

partisans de l'opinion que nous professons, ce qui nous maintient dans le doute et dans l'incertitude. L'article 1er du titre III veut que les actes de naissance soient dressés dans les vingt-quatre heures de la déclaration qui en est faite. C'est d'abord le mari qui doit faire la déclaration; l'article 3 ajoute que si la mère n'est pas mariée, le chirurgien ou la sage-femme qui auront fait l'accouchement sont obligés de déclarer la naissance. Vient ensuite l'article 7 qui détermine les énonciations qui doivent se trouver dans l'acte de naissance : ce sont, entre autres, les noms des *père et mère*. Sous l'empire de la loi de 92, il est incontestable que le nom de la mère devait être déclaré. Pourquoi? Parce que la loi parle expressément de la mère naturelle dans l'article 3; or, l'article 7 se réfère à l'article 3. Mais le code ne prononce pas le mot de mère naturelle. N'y a-t-il pas dans ce changement de rédaction un changement de système? Non, répond la cour de cassation. Car Thibaudeau dit que le code civil a conservé ce que la loi de 92 contenait d'essentiel sur la forme des actes, sauf quelques additions et modifications. Or, on ne voit pas que le législateur ait voulu modifier la loi de 92 en un point aussi essentiel que la déclaration du nom de la mère naturelle. Au fond, les deux lois sont identiques. Il est vrai que l'article 55 du code ne mentionne pas la mère naturelle, comme le fait l'article 1er du titre III de la loi de 92. Mais qu'importe? puisque tout le monde convient que la naissance de l'enfant naturel doit être déclarée en vertu de l'article 55; la mère naturelle y est donc comprise implicitement, et cela suffit pour qu'on doive lui appliquer l'article 57.

Ce raisonnement n'est pas sans force. Mais reste toujours à savoir pourquoi les auteurs du code n'ont pas nommé la mère naturelle, comme le faisait la loi de 92 qui leur servit de modèle. Le doute subsiste donc, et il est augmenté par les travaux préparatoires. Il y avait dans le projet, tel qu'il fut arrêté par le conseil d'Etat, une disposition qui parlait de l'enfant naturel; elle était ainsi conçue : « S'il est déclaré que l'enfant est né hors mariage, et si la mère en désigne le père, le nom du père

ne sera inséré dans l'acte de naissance qu'avec la mention formelle qu'il a été désigné par la mère. » Cette disposition fut vivement combattue au sein du Tribunat, lors de la première discussion du titre II, alors que les tribuns avaient encore le droit de discuter. Plus tard, quand le Tribunat fut mutilé, une nouvelle rédaction fut soumise au conseil d'Etat, et ce second projet ne reproduisit pas la disposition que nous venons de transcrire. Il résulte de cette suppression que le nom de la mère naturelle ne se trouve plus dans le code Napoléon. Il y a donc silence de la loi, il y a lacune, si l'on veut, mais la lacune ne peut être comblée par l'interprète.

60. On pourrait dire plus, en invoquant la discussion qui eut lieu au conseil d'Etat, et soutenir que dans l'intention des auteurs du code, le nom de la mère ne doit pas être déclaré. Emmery dit « qu'il voyait de graves inconvénients à obliger la mère à se faire connaître, lorsqu'elle accouche hors de son domicile : quelquefois elle ne l'a quitté que pour cacher son accouchement. Il serait peut-être dangereux pour l'enfant de placer la mère entre son déshonneur et son devoir. » Emmery revint encore sur ces considérations, et Regnaud de Saint-Jean d'Angely les appuya. Dans son opinion, on ne devait pas être forcé de déclarer que la mère n'était pas mariée; mais quand elle avouait ne pas l'être, il ne devait pas lui être permis d'indiquer le père de l'enfant. L'article du projet, tel qu'il fut arrêté, n'imposait pas l'obligation de nommer la mère; il portait : « Si l'on déclare que l'enfant est né hors mariage, et si la mère en désigne le père... »

On voit que, tout en supposant la déclaration de maternité, les auteurs du code n'obligeaient pas les comparants de déclarer la mère. Ils supposaient, au contraire, un aveu de la mère, c'est-à-dire une reconnaissance volontaire. La disposition fut retranchée. Nous sommes donc sans texte. Comment veut-on que, dans le silence du code, la déclaration de maternité devienne obligatoire, alors qu'elle ne l'était pas en vertu de la disposition formelle du projet qui prévoyait le cas de déclaration, mais d'une déclaration volontaire?

Restent les exposés des motifs et les rapports. Thibaudeau, l'orateur du gouvernement, garde le silence, et son silence est aussi significatif que celui de la loi. Siméon, dans son rapport au Tribunat, dit que l'acte de naissance doit mentionner tous les faits qui sont certains, et que ces faits doivent aussi être déclarés. « L'existence de l'enfant est un fait; l'accouchement est un fait; la mère est certaine et connue (1). » Faut-il conclure de là que le nom de la mère doit être déclaré malgré elle? C'est ce que Siméon ne dit pas, et c'est là le seul objet de la difficulté. Chabot entre dans de grands développements pour justifier le rejet de la disposition primitive, en vertu de laquelle la mère naturelle avait le droit de nommer le père. Et que conclut-il de ce rejet? « L'article 57, dit-il, ne s'appliquait, dans le projet de l'an x, qu'aux enfants légitimes, puisqu'on y avait inséré un autre article particulier pour les enfants nés hors mariage. Cet article, qui a été maintenu, ne s'applique donc encore qu'aux enfants légitimes; et l'article particulier aux enfants nés hors mariage ayant été supprimé, tout ce qu'il ordonnait se trouve écarté de la législation (2). » Ainsi, silence de la loi quant aux enfants naturels. Tel est le résultat des travaux préparatoires. Or, le silence de la loi suffit pour décider la question.

61. La jurisprudence française est incertaine comme la loi. Il a été jugé à plusieurs reprises par la cour de cassation que l'article 346 du code pénal n'est pas applicable au médecin qui déclare la naissance d'un enfant naturel, sans indication du nom de la mère (3). Mais d'un autre côté, la cour a décidé que la maternité étant un fait certain et dont la loi autorise la recherche, le nom de la mère doit être déclaré par les personnes qui sont tenues de faire la déclaration de naissance (4). Cette interprétation, suivie par la cour de cassation de Belgique, a été consacrée par notre nouveau code pénal. La question a été débattue avec vivacité au sein de la Chambre des repré-

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 97, n° 21.
(2) Discours de Chabot (Locré, t. II, p. 107, n° 15).
(3) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 234.
(4) Arrêt du 1er juin 1853 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1853, 1, 181).

sentants. M. Orts plaida la cause des mères naturelles, au nom de l'honneur de la mère et de l'existence de l'enfant, au nom de la paix et du bonheur des familles. M. Pirmez répondit, et avec raison, que l'intérêt de l'enfant était de connaître sa mère; et que défendre la déclaration de maternité, c'était affranchir la mère de la responsabilité de sa faute. Le ministre, M. Tesch, réclama fortement, au nom de la justice, et la justice est pour l'enfant. C'est plus qu'un intérêt, c'est un droit, et ce droit domine tout. Qu'importe que, dans notre législation, la déclaration de la maternité ne vaille pas reconnaissance, ne vaille pas même comme commencement de preuve par écrit? Elle ne sera pas inutile à l'enfant, puisqu'elle lui fera connaître sa mère, et c'est son droit comme son intérêt (1). Dès lors il faut que le nom de la mère soit déclaré. L'enfant a le même intérêt et le même droit à connaître son père. Si la loi ne consacre pas ce droit, c'est que la paternité est essentiellement incertaine, tandis que la mère est toujours certaine.

SECTION II. — Des actes de décès.

§ Ier. *Dispositions générales.*

62. Les décès doivent être déclarés comme les naissances, et l'officier de l'état civil doit s'assurer de la réalité de la mort, avant de délivrer l'autorisation d'inhumer (art. 78, 77). Il est dressé acte des déclarations; l'article 79 détermine les énonciations qui doivent s'y trouver. Chose étrange, au premier abord : la loi ne prescrit pas d'énoncer le jour ni l'heure du décès. De là des doutes et des controverses. La plupart des auteurs disent que la mention du jour et de l'heure doit être faite, et par suite la déclaration (2). Il est certain qu'il importe souvent de connaître le moment précis de la mort, puisque les succes-

(1) *Annales parlementaires* de 1858 à 1859, Chambre des représentants, p. 818 et suiv.; *Annales* de 1859 à 1860, Chambre des représentants, p. 788 et suiv.

(2) C'est l'opinion de Coin-Delisle, de Richelot, de Zachariæ, etc.

sions s'ouvrent à cet instant. Mais n'est-ce pas précisément à raison de l'importance de ce fait que le législateur n'a pas voulu qu'il fût déclaré? Si la loi ordonnait aux comparants de déclarer le moment du décès, cette déclaration ferait foi, au moins jusqu'à preuve contraire; donc l'acte de décès préjugerait la question, ce qui eût pu compromettre de grands intérêts. Mieux valait laisser la question entière.

Dans le silence de la loi, il est évident que les comparants ne doivent pas déclarer le jour et l'heure du décès. L'article 35 ne laisse aucun doute sur ce point. Si la déclaration n'est pas obligatoire, peut-elle du moins être faite (1)? Nous avons répondu d'avance à la question. Dans le système du code civil, il n'y a pas de déclarations, pas d'énonciations facultatives. Dès que la loi n'ordonne pas de déclarer le moment du décès, la déclaration, fût-elle faite, ne peut pas être reçue. Sur ce point encore il n'y a pas de doute, si l'on reste fidèle au texte et à l'esprit de la loi. Cependant il est d'usage de faire la déclaration, et l'officier de l'état civil la constate. Naît alors la question de savoir si elle fait foi, D'après les principes que nous avons posés, il faut décider, sans hésiter, que l'énonciation du jour et de l'heure du décès ne fait aucune foi. C'est un témoignage, pour mieux dire une simple allégation, qui ne devrait pas se trouver dans l'acte dressé par l'officier public : ce qui est constaté malgré la loi ne peut certes pas faire preuve (2)

§ II. *Dispositions spéciales.*

63. L'article 55 veut que l'enfant nouveau-né soit présenté à l'officier de l'état civil. Mais si l'enfant vient à mourir avant la présentation, que doit faire l'officier public? Il y a, sur ce point, un décret du 4 juillet 1806, que l'on peut voir dans Locré (3).

(1) C'est l'opinion de Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 183.
(2) Demolombe, t. Ier, p. 495 et suiv., n° 304; Mourlon, *Répétitions sur le code civil*, t. Ier, p. 178 et suiv.
(3) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 138, n° 24.

Les articles 86 et 87 prescrivent ce qu'il y a à faire lorsqu'un décès a lieu pendant un voyage sur mer.

Des ouvriers mineurs périssent dans un de ces terribles accidents dont la fréquence afflige les amis des classes ouvrières. Le décret du 3 janvier 1813, article 19, prescrit les mesures qui doivent être prises pour la constatation des décès.

Le décès peut avoir lieu dans un hôpital ou dans une prison, ou par un crime, ou par sentence judiciaire. Ces divers cas sont prévus dans les articles 80-85. La loi veut que les actes de décès soient rédigés dans les formes ordinaires, sans indiquer le lieu de la mort ni les causes qui l'ont amenée. Cela ménage les susceptibilités et les préjugés, et cela est aussi conforme aux principes. Les actes de décès sont destinés à constater le fait de la mort, et non le genre de mort ni les circonstances dans lesquelles elle a lieu.

TITRE III.

DU DOMICILE.

64. La matière du domicile appartient-elle au droit civil proprement dit? Lors de la discussion du code, on mit la chose en doute. Le tribun Mouricault dans son rapport développe les raisons pour lesquelles les principes sur le domicile doivent se trouver dans le code civil (1). Il est certain qu'il y a un rapport entre le droit privé et le domicile. Mais il est certain aussi que, dans l'application, les questions qui se présentent devant les tribunaux concernent la procédure ou les droits politiques plutôt que le droit privé. Cela est vrai surtout du domicile d'élection. Voilà pourquoi Domat traite du domicile dans son *Traité de droit public*. Puisque les auteurs du code Napoléon ont fait entrer cette matière dans le cadre de la législation civile, nous exposerons les principes qui régissent la matière, mais en laissant de côté les difficultés relatives à la procédure.

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 283, n° 3.

CHAPITRE PREMIER.

DU DOMICILE RÉEL.

SECTION I. — Principes généraux.

65. L'article 102 porte : « Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement. » Emmery, dans l'exposé des motifs, explique cette définition, en empruntant les paroles d'une loi romaine : « Le domicile est le lieu où une personne jouissant de ses droits a établi sa demeure, le centre de ses affaires, le siége de sa fortune ; le lieu d'où cette personne ne s'éloigne qu'avec le désir et l'espoir d'y revenir, dès que la cause de son absence aura cessé (1). » La définition du code contient en substance tous les principes généraux sur le domicile. Nous allons la développer.

66. La loi dit : *Tout Français*. Cela implique que toute personne doit avoir un domicile, et qu'en réalité toute personne en a un. Nous disons *toute personne*, c'est-à-dire tout être capable de droit. L'enfant, au moment où il voit le jour, acquiert un domicile, et il aura un domicile jusqu'à sa mort. Il y a des corps et des établissements publics auxquels la doctrine donne le nom de *personnes civiles*. Tout en contestant cette qualification, l'on doit reconnaître que les personnes dites *civiles* ont un domicile ; il y a nécessité pour elles, comme pour les personnes physiques, d'avoir un domicile, car elles peuvent ester en justice ; dès lors elles doivent être domiciliées. Toute personne, l'enfant qui vient de naître aussi bien que les personnes morales, ayant des droits qui peuvent être débattus devant les tribunaux, il faut que toute personne ait un domicile qui détermine sa compétence en matière personnelle, et qui désigne le lieu où les significations des actes de

(1) L. 7, C., *de incolis* (X, 40). Locré, t. II, p. 180, n° 2.

procédure peuvent se faire. En exposant les effets du domicile, nous verrons plus en détail les raisons pour lesquelles toute personne doit avoir un domicile.

Nous avons ajouté que toute personne a, en réalité, un domicile. Il y a dans le code de procédure une disposition qui semble dire le contraire. L'article 59 dit qu'en matière personnelle le défendeur sera assigné devant le tribunal de son domicile, et s'*il n'a pas de domicile*, devant le tribunal de sa résidence. C'est une expression inexacte, l'article 69, n° 8, le prouve : on y lit que ceux qui n'ont aucun *domicile connu* en France seront assignés au lieu de leur résidence actuelle. En effet, le domicile peut être inconnu, mais il est légalement impossible qu'une personne soit sans domicile. En naissant, l'enfant a un domicile légal, celui de ses père et mère ; et il le conserve, comme nous le dirons plus loin, jusqu'à ce qu'il en ait pris un autre. Vainement objecterait-on que le père peut n'avoir aucun domicile. Il peut n'avoir pas de domicile connu, mais il a nécessairement un domicile, puisque en naissant il en avait un, et qu'il ne peut l'avoir perdu qu'en acquérant un domicile nouveau.

67. Quand le code dit que *tout Français* a un domicile, cela veut-il dire que *les Français* ont toujours un domicile en France, quand même ils s'établiraient à l'étranger? Nous comprenons à peine que la question soit posée, tellement la réponse est évidente. La loi dit, il est vrai, que tout Français a nécessairement un domicile, mais elle ne dit pas que ce domicile doit être en France ; elle dit qu'il est là où il a son principal établissement. Et le Français ne peut-il pas s'établir à l'étranger? ne peut-il pas y avoir son principal établissement? Dès lors il y a un domicile. On pourrait dire que le Français qui fixe à l'étranger son principal établissement, perd par cela même l'esprit de retour, et par suite la qualité de Français ; tandis que s'il conserve la qualité de Français parce qu'il conserve l'esprit de retour, cela même prouve qu'il n'a pas son principal établissement à l'étranger. Il a été jugé, en effet, que le Français qui fonde un établissement de commerce à l'étranger, doit être considéré comme ayant conservé

l'esprit de retour à son domicile d'origine, quand même il aurait résidé hors de France pendant toute sa vie (1). Cette décision peut être juste en fait; mais la cour de Toulouse a eu tort de confondre l'esprit de retour avec l'établissement du domicile. De ce que le Français est présumé conserver l'esprit de retour en France, on ne peut pas conclure qu'il conserve son domicile en France; la loi elle-même suppose le contraire, puisqu'elle dit que les établissements de commerce ne peuvent jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour (art. 17), et un établissement de commerce peut néanmoins être l'établissement principal du Français, donc son domicile. Il y a plus : qu'est-ce qui empêche d'avoir un domicile temporaire, même en France, avec esprit de retour au domicile d'origine? Le principal établissement peut être temporaire, donc le domicile aussi peut l'être.

Un auteur français soutient l'opinion contraire. D'après M. Demolombe, le Français ne peut transporter son domicile à l'étranger, de manière à ne plus conserver aucun domicile en France. D'abord parce que la loi sur le domicile est une *loi d'ordre*, une *loi d'organisation*. Défions-nous des grands mots dans la science du droit, et gardons-nous de décider les questions par des phrases creuses. Qu'est-ce qu'une *loi d'ordre?* Qu'est-ce qu'une *loi d'organisation?* Des mots vides de sens. On ne peut, continue M. Demolombe, perdre son domicile en France qu'en acquérant un nouveau domicile; or, un domicile en pays étranger est, en ce qui concerne la loi française, comme s'il n'existait pas. Nous cherchons en vain sur quel principe cette allégation s'appuie, nous n'en trouvons aucun. Il en résulte une conséquence, qui est une hérésie juridique. Le Français conserve son domicile en France, et il en acquiert un à l'étranger; il en a donc deux! Non, dit M. Demolombe, le Français ayant l'esprit de retour, son établissement à l'étranger n'a pas cette fixité, cette durée qui constituent le domicile (2). Ne dirait-on pas que

(1) Arrêt de la cour de Toulouse du 7 décembre 1863 (Dalloz, *Recueil périodique,* 1864, 2, 42).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon,* t. Ier, p. 572, n° 349.

le domicile est perpétuel de sa nature, tandis que la loi permet de le changer d'un jour à l'autre, tandis qu'elle-même établit des domiciles temporaires, celui du domestique chez son maître, celui du mineur chez son tuteur?

Un arrêt de la cour de cassation du 21 juin 1865 a décidé la question dans le sens de l'opinion que nous défendons (1).

68. Les mots : *tout Français*, de l'article 102, soulèvent encore une autre question plus sérieuse, bien que tout aussi peu douteuse, à notre avis. On demande si le Français seul peut avoir un domicile en France; l'étranger ne peut-il pas y être domicilié? Il est certain que l'étranger qui obtient l'autorisation de l'empereur d'établir son domicile en France, y a un domicile (art. 13). Mais la question est de savoir s'il ne peut pas en avoir un sans avoir obtenu cette autorisation? A s'en tenir à quelques paroles du tribun Gary, il faudrait la décider négativement. On lit dans son discours : « J'observe sur l'article 13 qu'il n'y a aucune objection contre la disposition qui veut que l'*étranger ne puisse établir son domicile en France, s'il n'y est admis par le gouvernement*. C'est une mesure de police et de sûreté autant qu'une disposition législative. Le gouvernement s'en servira pour repousser le vice, et pour accueillir exclusivement les hommes vertueux et utiles, ceux qui offriront des garanties à leur famille adoptive (2). » L'article 102 semble confirmer cette opinion. Il ne parle que des Français : n'est-ce pas dire que les Français seuls ont un domicile, que les étrangers n'ont qu'une simple résidence? Tel est aussi l'avis de M. Demolombe; les lois françaises, dit-il, ne sont faites que pour les Français (3). Duranton enseigne la même doctrine, en invoquant l'avis du conseil d'État du 20 prairial an XI, lequel décide, selon lui, qu'aucun étranger ne peut acquérir un domicile réel sans autorisation du gouvernement (4). La cour de cassation a consacré cette opinion, en jugeant

(1) Dalloz, *Recueil périodique*, 1865, 1, 419.
(2) Locré, *Législation civile*, t. Ier, p. 475, n° 9.
(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 441, n° 268.
(4) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 272, n° 353.

que l'étranger ne peut avoir en France qu'un domicile de fait, une résidence; que, d'après l'article 13, il ne peut y avoir un domicile de droit sans l'autorisation du gouvernement (1). Enfin Merlin commença par abonder dans ce sentiment. Voilà certes un concert d'autorités; ce qui doit nous engager à nous défier des autorités, quelque imposantes qu'elles soient. Merlin est revenu de son erreur, ainsi que la cour de cassation. L'erreur est évidente; les principes ne laissent pas l'ombre d'un doute.

Remarquons d'abord qu'avant le code civil, il était universellement admis que l'étranger pouvait avoir un domicile en France. Merlin en donne des preuves multipliées dans un de ses plaidoyers (2). La cour de Riom l'a décidé en termes formels, et par la raison très-simple que le domicile d'une personne étant là où elle a sa résidence, avec l'intention d'y fixer son principal établissement, on ne voit pas pourquoi un étranger ne pourrait avoir un domicile en France (3). L'étranger ne peut-il pas avoir une habitation en France? ne peut-il pas avoir l'intention d'y fixer son principal établissement? et s'il réunit toutes les conditions pour avoir un domicile, pourquoi n'en aurait-il pas? Pour que le droit commun ne fût pas applicable à l'étranger, il faudrait une disposition formelle qui l'en exclût. La question se réduit donc à savoir s'il y a un texte qui s'oppose à ce que l'étranger ait un domicile en France.

Les lois françaises, dit M. Demolombe, ne sont faites que pour les Français. Cela est vrai quand les lois établissent des droits civils, dans le sens strict du mot. Si le domicile était un droit civil, il faudrait dire que l'étranger ne peut pas en avoir. Mais si l'on veut considérer le domicile comme un droit, il est évident que c'est un droit naturel. Est-ce que toute personne n'habite pas nécessairement quelque part? est-ce que toute personne ne peut pas avoir l'intention de fixer son principal établissement là où elle habite? Telles sont les conditions requises pour qu'une

(1) Arrêt du 2 juillet 1822 (Dalloz, au mot *Domicile*, n° 22, et arrêt de la cour de Paris du 25 août 1842 (Dalloz, *Recueil*, 1843, 2, 109).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Divorce*, sect. IV, § 10.
(3) Arrêt du 7 avril 1835 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droits civils*, n° 86).

personne ait un domicile : qu'ont-elles de commun avec la qualité de Français ou d'étranger? Ce n'est donc pas la loi qui crée le domicile, elle le règle comme elle règle l'exercice de tous les droits privés qui ont leur principe dans la nature. Le domicile étant de droit naturel, l'étranger peut par cela même en acquérir un (1).

Objectera-t-on l'article 13? Il suffit de le lire pour se convaincre qu'il n'a rien de commun avec notre question. « L'étranger qui aura été admis, avec l'autorisation de l'empereur, à établir son domicile en France, y jouira des droits civils tant qu'il continuera d'y résider. » Quel est l'objet de cette disposition? Est-ce de déterminer les conditions sous lesquelles l'étranger peut acquérir un domicile en France? Du tout; l'article 13 donne à l'étranger un moyen d'acquérir la jouissance des droits civils, c'est de demander à l'empereur l'autorisation d'établir son domicile en France. Cela veut-il dire que l'étranger ne peut pas avoir de domicile en France sans cette autorisation? L'article 13 ne dit pas cela; il ne s'occupe pas de la question du domicile, comment veut-on qu'il la décide? Vainement invoque-t-on les paroles de Gary; si elles avaient le sens qu'on leur prête, elles n'auraient aucune autorité, puisqu'elles seraient en contradiction avec les textes et avec les principes. Mais on les a mal comprises, comme Merlin en a déjà fait la remarque. L'article 13 se liait à la constitution de l'an VIII; il permettait à l'étranger de jouir des droits civils pendant le stage requis pour être citoyen. Fallait-il admettre tout étranger à devenir citoyen? Non, répond Gary; il faut accueillir les hommes vertueux et repousser le vice. Ces paroles n'auraient pas de sens si on les appliquait au simple domicile; elles ne s'expliquent que si l'on considère le domicile comme le préliminaire de la naturalisation.

L'article 102 parle de tout *Français;* pourquoi n'a-t-il pas dit toute *personne?* Merlin répond à l'objection, et sa réponse est péremptoire. La loi a voulu distinguer le domicile politique du domicile civil; or, cette distinction ne

(1) Richelot, *Principes du droit civil français*, t. Ier, p. 310 et suiv., note.

peut s appliquer qu'aux Français, puisque eux seuls exercent les droits politiques; voilà pourquoi l'article parle des Français. On ne peut donc rien inférer de cette rédaction contre les étrangers; il faut plutôt dire que le code, ne parlant pas des étrangers, les laisse par cela seul dans le droit commun. Car rappelons-nous qu'il faudrait un texte qui déroge au droit commun, pour priver les étrangers du droit d'avoir un domicile en France. Ce texte, nous ne le trouvons certes pas dans l'article 102. On dit que le conseil d'Etat a décidé la question par son avis du 18 prairial an XI. Il n'en est rien. Le conseil d'Etat était consulté sur la question de savoir si l'étranger qui veut devenir citoyen français, conformément à la constitution de l'an VIII, article 3, doit s'établir en France, avec l'autorisation du gouvernement. Que répond le conseil? « Que dans tous les cas où un étranger veut s'établir en France, il est tenu d'obtenir l'autorisation du gouvernement. » Cela veut-il dire que l'étranger ne peut avoir de *domicile* en France que s'il s'y établit avec autorisation? Le conseil d'Etat n'était pas consulté sur la question de savoir comment un étranger peut acquérir un domicile en France; donc son avis ne peut pas décider une question dont il n'avait pas à s'occuper. Comme le dit Merlin, les mots *dans tous les cas* doivent être restreints aux cas sur lesquels le conseil d'Etat était consulté, c'est-à-dire au cas où il s'agit d'acquérir tous les droits civils et à celui où il s'agit d'acquérir les droits politiques. Ce qui lève toute difficulté, ajoute Merlin, c'est que l'avis du 18 prairial an XI n'a jamais été publié légalement, il est donc sans autorité aucune (1).

La doctrine et la jurisprudence française sont divisées (2). En Belgique, la question a été décidée dans le sens de l'opinion que nous défendons, par un arrêt de la cour de cassation du 3 août 1848, qui n'a fait que résumer le réquisitoire du procureur général M. Leclercq (3). On dit que la question a perdu de son intérêt depuis l'abolition de la

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Domicile*, § 13.
(2) Voyez les auteurs et les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Domicile*, n° 22.
(3) *Jurisprudence du* XIX° *siècle*, 1848, 1, 549, 550, 562, 563.

contrainte par corps. Cela est vrai, mais il importe toujours de savoir si l'étranger a un domicile réel en France. C'est à ce domicile qu'il doit être assigné, comme tout Français, en matière personnelle. C'est à ce domicile qu'il se marie, et il sera censé se marier sous le régime de droit commun établi par la loi française (1). C'est à ce domicile que s'ouvrira sa succession. Richelot ajoute que sa succession mobilière sera régie par la loi française (2). N'est-ce pas confondre le domicile avec le statut? Le statut dépend, non du domicile, mais de la nationalité, s'il est personnel. Dès lors, peu importe que l'étranger ait un domicile en France ou qu'il n'en ait pas; par cela seul qu'il est étranger, sa succession mobilière sera régie par la loi étrangère (3).

69. Toute personne a donc un domicile. En droit, cette expression a un sens technique. Le domicile est là où une personne a son *principal établissement*. Voici un nouveau mot technique. Le mot *établissement* n'est pas pris dans le sens vulgaire. On ne dit pas de l'enfant qui vient de naître qu'il a un établissement; il a cependant un domicile, donc un établissement dans le sens légal; ce sont les liens de famille, d'intérêt, de fonctions qui attachent une personne à tel lieu plutôt qu'à tel autre. La loi ajoute *principal*, ce qui suppose qu'une personne a plusieurs établissements; lequel formera le domicile? Ce sera le principal, dit l'article 102.

De là résulte une conséquence très-importante, c'est que l'on ne peut pas avoir deux domiciles; l'expression de *principal* établissement implique que le domicile est unique. En droit romain, l'on admettait qu'une personne pouvait avoir deux domiciles, bien que cela fût rare, et une espèce d'exception (4). Maleville dit qu'il en était de même dans l'ancien droit, et il proposa au conseil d'Etat de consacrer cette doctrine dans le code. Il soutenait, avec les juris-

(1) Ce point est controversé et douteux.
(2) Richelot, *Principes du droit civil français*, t. Ier, p. 315, note.
(3) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 127, n° 87.
(4) Savigny, *Traité de droit romain*, traduit par Guenoux, t. VIII, p. 66 et suiv.

consultes romains, que quand un homme réside la moitié de l'année dans un lieu et l'autre moitié dans un autre lieu, il n'y a pas de raison pour décider qu'il a son domicile dans celui-ci plutôt que dans celui-là; qu'il est même juste que des ouvriers ou des marchands qui ont des demandes à former contre lui, pour ouvrages ou fournitures faites à la campagne, ne soient pas obligés de le poursuivre devant les tribunaux de Paris (1). Cette opinion ne prévalut point. Les auteurs du code avaient déclaré formellement dans leur projet que personne ne pouvait avoir deux domiciles. Si cette disposition fut retranchée, c'est qu'elle était inutile en présence de l'article 102, qui dit implicitement la même chose. Toutes les dispositions du code Napoléon sur cette matière impliquent l'unité de domicile; on ne peut acquérir un nouveau domicile qu'en perdant l'ancien; la succession s'ouvre à un domicile unique; les actions personnelles s'intentent devant le domicile, quand il est connu, devant le tribunal de la résidence, quand le domicile est inconnu. Il est donc de l'essence du domicile qu'il soit unique. C'est la remarque que Tronchet fit au conseil d'Etat (2). Malherbe, l'orateur du Tribunat, explique la loi en ce sens : « Chaque individu ne peut avoir qu'un domicile, quoiqu'il puisse avoir plusieurs résidences. Il était essentiel de ne laisser aucun doute sur l'unité du domicile, pour prévenir les erreurs et les fraudes que pouvait produire le principe contraire, admis par l'ancienne jurisprudence : cette unité est positivement établie par le premier article de la loi proposée (3). »

70. L'application de ces principes aux personnes civiles et aux sociétés donne lieu à des difficultés sérieuses. Il est évident que les personnes morales n'ont pas de domicile proprement dit. En effet, le domicile suppose une habitation; or, les personnes physiques seules habitent un lieu déterminé : une fiction légale n'a de résidence nulle part. Puis, il faut que celui qui a une habitation ait l'inten-

(1) Séance du conseil d'Etat du 12 brumaire an x (Locré, t. II, p. 175, n° 4).
(2) Séance du 16 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 167, n° 3).
(3) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 188, n° 2.

tion d'y fixer son principal établissement; or, les personnes morales ne sont pas susceptibles de volonté. Cependant les corps, les établissements publics ayant des droits, sont dans le cas de les soutenir en justice; il faut donc que le demandeur sache devant quel tribunal il doit les traduire. Le code de procédure a résolu cette première difficulté en décidant devant quel tribunal on doit assigner l'Etat, les communes, les établissements publics et les sociétés de commerce (art. 69).

Il y a une difficulté particulière aux sociétés de commerce. On demande si elles peuvent avoir plusieurs domiciles. En principe, il faut décider que l'unité de domicile étant la règle pour le domicile réel, il faut appliquer cette règle aux personnes morales comme aux personnes physiques. Aussi l'article 69 du code de procédure dit-il que les sociétés de commerce seront assignées en leur maison sociale. Reste à savoir si une société peut avoir plus d'une maison sociale. Cela se comprend pour les sociétés qui étendent leurs opérations sur tout un royaume, et parfois même dans les pays voisins. Ce qui est impossible pour l'homme devient possible pour des êtres moraux, puisque pour eux le domicile n'est qu'une fiction. Il est attaché au siége de leurs affaires; or, ils peuvent avoir plus d'un centre d'opérations, donc plus d'un domicile. La cour de cassation a jugé plusieurs fois en ce sens contre la Compagnie du chemin de fer de l'Est. Elle part de ce principe qu'une société peut avoir plusieurs maisons en divers lieux; l'article 43 du code de commerce le prouve, puisqu'il exige la publication des actes de société dans chacun des arrondissements où la société a des maisons de commerce, ce qui suppose que la société a autant de domiciles que de maisons diverses. Reste à savoir si, en fait, une société a plusieurs maisons. Cette question doit être décidée d'après les circonstances. Les actes de société fixent toujours un siége social, à Paris, nous le supposons; il en est ainsi de la Compagnie de l'Est. Cela ne prouve pas que la compagnie n'a qu'un seul domicile, à Paris. Le tribunal de commerce de Mulhouse a constaté qu'elle avait dans cette ville un centre d'opérations de la plus haute importance, une véri-

table maison de transport, donc une maison dans le sens du code de procédure, partant un domicile (1).

Faut-il conclure de là que les sociétés ont une maison et, par suite, un domicile partout où elles ont un établissement, tel qu'une gare où elles reçoivent des marchandises? Non, car la règle est l'unité de domicile, et ce domicile est en la maison sociale; or, personne ne prétendra que chaque gare soit une maison sociale. Pour que le chef de gare pût être actionné, il devrait avoir un mandat qui lui donne qualité de représenter la société (2).

Cette doctrine n'est pas sans inconvénient dans la pratique. Comment savoir si un établissement constitue une *maison sociale*, alors que les actes de société ne parlent que d'un seul siége social? Comment savoir si tel agent a pouvoir de représenter la société en justice? De là une grande incertitude dans la jurisprudence, ceux qui traitent avec une compagnie ayant intérêt à l'assigner sur les lieux, tandis que la compagnie cherche à attirer tous les procès à son siége social (3). M. Demolombe croit que la compagnie est censée avoir élu domicile partout où elle traite avec des particuliers (4). Cela suppose qu'il peut y avoir une élection de domicile tacite, et sur ce point il y a controverse. A vrai dire, nos lois n'ont pas prévu l'immense mouvement d'affaires auquel l'association donne lieu. Le gouvernement pourrait suppléer au silence des textes, en exigeant que les compagnies élisent domicile partout où elles ont un établissement.

71. En disant que le domicile de tout Français est au lieu où il a son *principal* établissement, la loi suppose qu'il peut avoir plusieurs établissements, c'est-à-dire plusieurs résidences, dont l'une est le domicile. Il ne faut donc pas confondre le domicile avec l'habitation. Sans doute le domicile suppose l'habitation, mais comme il est de droit

(1) Arrêts de la cour de cassation du 30 juin 1858 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1858, 1, 424) et du 16 janvier 1861 (Dalloz, 1861, 1, 126).

(2) Ainsi décidé par arrêts de la cour de cassation du 5 avril 1859 (Dalloz, *Recueil*, 1859, 1, 148) et du 16 mars 1858 (Dalloz, 1858, 1, 130).

(3) Voyez, sur ces tiraillements de la jurisprudence, une note insérée dans le *Recueil* de Dalloz, 1859, 1, 147.

(4) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 606 et suiv.

plutôt que de fait, il peut arriver qu'une personne ait son domicile là où elle n'a aucune habitation. Le mineur a son domicile chez son tuteur; il se peut cependant qu'il habite avec le survivant de ses père et mère, qui a refusé la tutelle ou qui s'est fait excuser. Dans ce cas, on acquiert un domicile sans que l'on habite le lieu où la loi le fixe. Il arrive plus souvent que l'on conserve son domicile par la seule intention et sans résidence aucune. Celui qui quitte le lieu où il est domicilié et s'établit ailleurs, mais sans avoir l'intention d'y fixer son principal établissement, ne change pas de domicile; il conserve celui qu'il avait, bien qu'il cesse de l'habiter. Ces principes étaient déjà enseignés dans l'ancien droit (1). Ils sont élémentaires.

Faut-il dire, avec un auteur moderne, qu'ils reçoivent exception quand la maison qu'une personne habite, et qui est son domicile, est détruite par un incendie ou une inondation? Marcadé prétend que dans ce cas cette personne n'a plus de domicile, parce que la force majeure qui l'a fait disparaître n'en a pas créé d'autre (2). C'est confondre le domicile, qui est de droit, avec la résidence, qui est de fait. On ne peut perdre son domicile que par sa volonté. Celui dont l'habitation est détruite conserve l'intention d'y maintenir son principal établissement; il conserve donc son domicile.

La résidence, à la différence du domicile, n'a pas d'effets juridiques. Quand les lois parlent du domicile, elles entendent le domicile réel défini par l'article 102. Il y a cependant, par exception, des cas où la loi attache des effets à la résidence, soit concurremment au domicile, comme en matière d'absence (art. 116), soit de préférence au domicile de droit, comme en matière de mariage (art. 74, 214, 230). Elle se détermine alors par la considération que la personne qui a tout ensemble un domicile et une autre résidence où elle habite, est plus connue au lieu où elle habite de fait qu'au lieu où elle est domiciliée de droit. Quand le domicile est inconnu, la résidence le remplace;

(1) Pothier, *Introduction générale aux coutumes*, chap. Ier, § 1, nos 9 et 10.
(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 239, n° 4.



les assignations se font alors à la résidence et devant le tribunal de ce lieu (art. 2, 59 et 69 du code de procédure). Il y a des personnes qui peuvent ne pas avoir de domicile en France; pour les étrangers, la résidence tient lieu de domicile (code civil, art. 14).

72. L'article 102 limite le domicile réel à l'*exercice des droits civils*. Il suppose qu'il y a des droits politiques qui peuvent être exercés à un autre domicile. En effet, d'après les lois françaises, on distingue le domicile civil du domicile politique. Cette distinction était très-marquée sous l'empire de la constitution de l'an VIII. Elle prescrivait l'inscription des citoyens sur des registres civiques, comme condition de l'exercice des droits politiques. Or, l'on pouvait s'inscrire au lieu de sa résidence; le domicile politique était donc indépendant du domicile civil, comme le dit formellement le décret du 17 janvier 1806 (1). Cette différence n'existe plus d'après la législation belge; les droits politiques, tels que le droit d'élection, s'exercent au domicile réel (2).

SECTION II. — Comment se détermine le domicile.

§ Ier. *Du domicile d'origine.*

73. Le projet de code contenait une disposition qui réglait la manière dont *se forme* le domicile. Lors de la discussion du titre III au conseil d'État, le premier consul fit la remarque que cette expression n'était pas exacte. « Le domicile, dit Napoléon, est formé de plein droit par la naissance. C'est dans le lieu où un homme naît qu'est d'abord son établissement principal, c'est-à-dire son domicile; il faut donc expliquer, non comment le domicile se forme, mais comment il peut changer (3). » Le domicile que l'enfant acquiert en naissant s'appelle le domicile d'origine; les anciens auteurs le nomment domicile *naturel*,

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Domicile*, § 1; Valette, *Explication sommaire du livre Ier du Code Napoléon*, p. 58.
(2) Loi électorale du 3 février 1831, article 19.
(3) Séance du 16 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 171, n° 13).

parce que c'est la nature qui le donne au nouveau-né. Il ne faut pas le confondre avec le domicile de naissance. Sans doute, l'enfant, en naissant, a le domicile de son père, mais ce domicile de naissance n'est pas toujours le domicile d'origine ; en effet, le père peut changer son domicile; par suite, celui de l'enfant changera également. Quel est donc son domicile d'origine? C'est celui que le père avait au moment où l'enfant devient libre de disposer de sa personne (1).

74. Le domicile d'origine a une grande importance. Il est de principe que l'on conserve son domicile d'origine jusqu'à ce qu'on en prenne un autre. Cela est élémentaire et traditionnel. Le président Bouhier disait : « On est présumé garder le domicile naturel toute sa vie, à moins que l'on ne prouve que l'on en ait changé (2). » Pothier l'appelle domicile *paternel*. C'est, dit-il, celui que les enfants ont reçu de leurs parents, et qu'ils sont censés conserver tant qu'ils ne s'en sont pas choisi un autre (3). Bouhier en tire cette conséquence, que la résidence en un lieu différent du premier domicile, quelque longue qu'elle soit, ne suffit pas pour qu'il y ait changement de domicile, à moins qu'il ne paraisse qu'on ait véritablement le dessein de s'y fixer. La raison en est, dit-il, que c'est la volonté plutôt que l'habitation qui fait la translation de domicile, et que sans cela on est moins censé résider en un lieu que voyager, comme disent les lois (4).

La jurisprudence a appliqué ce principe dans des cas mémorables. En 1777, le sieur de Saint-Germain, né en France, mourut à Chandernagor; il y avait été gouverneur de la colonie pendant quarante-cinq années, puis il continua à y résider pendant quinze ans comme particulier ; il s'y était marié et il y tenait le siége de ses affaires. En 1809, la question se présenta de savoir où s'était ouverte sa succession, à Paris ou à Chandernagor. La cour de Paris décida

(1) Richelot, *Principes du droit civil français*, t. Ier, p. 326.
(2) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chapitre XXII, n° 3.
(3) Pothier, *Introduction aux coutumes*, chap. Ier, n° 12.
(4) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXII, n° 172.



que Saint-Germain avait conservé son domicile en France, malgré sa grande résidence dans l'Inde, parce qu'on ne prouvait pas de sa part une intention contraire (1) ; or, c'est surtout l'intention, comme le dit le président Bouhier, qui détermine le changement de domicile. Quand donc cette intention n'est pas démontrée, il faut dire que le domicile d'origine subsiste. D'où suit que toute personne a un domicile certain, celui de son père, son domicile naturel ou d'origine.

75. Le principe que toute personne a un domicile d'origine, et qu'elle le conserve, au besoin, toute sa vie, est contesté par plusieurs auteurs (2). Ils demandent où est le domicile d'origine d'un enfant né de parents sans résidence fixe, et qui depuis sa naissance a partagé leur vie vagabonde. Nous avons répondu d'avance à la question. Qu'importe que les parents n'aient point de résidence fixe? Ils n'en ont pas moins un domicile, fût-ce celui de leurs père et mère. Fiction, dit-on, abstraction. Oui, le domicile est parfois une fiction, mais c'est la loi qui le veut ainsi, et nous devons accepter cette fiction, parce qu'elle a sa raison d'être, pour mieux dire sa nécessité, car il est nécessaire que toute personne ait un domicile de droit. On prétend que ce domicile fictif est en opposition avec le texte de l'article 102, lequel exige un *principal établissement*, pour qu'il y ait domicile. Donc, dit-on, ceux qui n'ont aucun établissement n'ont pas de domicile. Nous répondons que toute personne a un établissement, dans le sens légal du mot. Elle en a un en naissant; car, dit le rapporteur du Tribunat, le premier domicile du citoyen est celui de son origine, c'est-à-dire celui de son père (3). Voilà un *établissement* qui ne manque à personne, et que l'on conserve jusqu'à ce que l'on en acquière un autre. Telle était la doctrine de l'ancien droit, et c'est aussi celle du code; elle est si élémentaire que le premier consul, étranger aux subti-

(1) Arrêt de la cour de Paris du 30 juillet 1811 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Domicile*, n° 47, 2°). Comparez arrêt de la cour d'Orléans du 6 août 1863 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1864, 2, 14).

(2) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 200 et suiv., n° 128 *bis*, IV ; Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 568 et suiv., n° 348.

(3) Mouricault, Rapport au Tribunat (Locré, t. II, p. 183, n° 4).

lités du droit, la professa au conseil d'Etat. Nos textes la consacrent ; ils ne parlent pas d'une perte pure et simple du domicile, d'une abdication du domicile d'origine ; ils supposent toujours un changement de domicile, soit par la volonté de celui qui est capable de disposer de sa personne, soit par l'effet de la loi. Donc celui qui ne change pas de domicile conserve son domicile d'origine. Vainement insiste-t-on sur les inconvénients qui résultent de cette doctrine. Nous avons déjà repoussé plus d'une fois cette objection par une fin de non-recevoir; elle s'adresse au législateur, l'interprète n'a pas à s'en préoccuper, il est lié par la loi, bonne ou non. Est-ce à dire que la loi soit mauvaise? Faut-il modifier les principes pour quelques individus qui trouvent bon de mener une vie vagabonde? Si on leur fait des significations à un domicile fictif, à qui la faute? Ne dépend-il pas d'eux d'avoir un domicile véritable (1)?

76. Une chose est vraie : il se peut que le domicile d'origine soit inconnu, ou du moins très-incertain, ce qui revient au même. Ceux qui n'ont pas de domicile certain, dit M. Demolombe, n'ont pas de domicile, même dans la subtilité du droit. En théorie, cela est faux, une chose pouvant très-bien être sans qu'on en connaisse l'existence. Quand l'événement qui constitue une condition est accompli, quoique les parties l'ignorent, dira-t-on qu'il y a condition? Non, certes. Le domicile existe en vertu de la loi ; il n'y a pas de plus forte certitude. Toutefois il se peut que, de fait, le domicile ne soit pas connu. Les assignations se font en ce cas à la résidence. Il en est de même de l'ouverture de la succession. M. Demolombe entre à ce sujet dans des distinctions toutes gratuites et arbitraires. Nous croyons avec Savigny que la solution de la difficulté est très-simple. On suppose que le défunt n'avait pas de résidence fixe ; il avait au moins une résidence temporaire, il a bien dû mourir dans un lieu déterminé. C'est là que sa succession s'ouvrira (2).

(1) Mourlon. *Répétitions sur le code civil*, t. Ier, p. 196-198.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. 1er, p. 567 ; Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, p. 107, § 359.

77. On conserve le domicile d'origine jusqu'à ce qu'il soit remplacé par un autre. Comment ce changement s'opère-t-il? On peut acquérir un nouveau domicile par sa volonté ou par l'effet de la loi.

§ II. *Du changement de domicile par la volonté de l'homme.*

78. Aux termes de l'article 103, « le changement de domicile s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement. » Il faut donc deux conditions pour le changement de domicile, le fait et l'intention. Ce principe, emprunté au droit romain et suivi dans l'ancienne jurisprudence (1), est fondé sur la nature même des choses. Le fait d'une autre habitation est nécessaire pour qu'il y ait changement de domicile, l'intention seule ne suffit pas, parce que le domicile exige un établissement; donc si l'on veut changer de domicile, il faut un autre établissement, c'est-à-dire une autre résidence. De là suit, dit Pothier, que quelques signes qu'une personne ait donnés de la volonté qu'elle a de transférer son domicile dans un autre endroit, et quelque raison qu'elle ait de l'y transférer, elle conserve son ancien domicile jusqu'à ce qu'elle se soit effectivement transportée au lieu où elle veut en établir un nouveau, et qu'elle l'y ait effectivement établi. Il faut, en second lieu, l'intention de transférer son principal établissement à la nouvelle résidence. Sans cette intention, il n'y aurait pas changement de domicile, quand même il y aurait changement d'habitation; car ce n'est pas l'habitation qui constitue le domicile, c'est le principal établissement. On peut donc aller habiter ailleurs et conserver son ancien domicile. C'est ainsi que le domicile d'origine peut rester le domicile d'une personne pendant toute sa vie, bien qu'elle n'ait plus sa première résidence.

Les deux conditions prescrites par l'article 103 doivent concourir, comme l'a très-bien expliqué la cour de

(1) L. 20, D., *ad munic.* (L, 1) : « Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione ». Pothier, *Introduction aux coutumes*, chapitre Ier, n° 14.



cassation. S'il y a intention de changer de domicile, sans le fait d'une nouvelle habitation, il y aura eu projet de transférer son domicile, mais ce projet aura été abandonné. Que s'il y a changement de résidence, et que le fait n'est pas accompagné de l'intention de changer de domicile, ce fait n'aura qu'un caractère purement provisoire, sans influence légale (1). Mouricault, dans son rapport au Tribunat, remarque qu'il résulte de là une différence considérable entre la conservation du domicile et le changement de domicile. Pour consommer un changement de domicile, il faut, dit-il, la réunion manifeste du fait et de l'intention; tandis que, pour conserver le domicile d'origine ou un domicile quelconque, il suffit de l'intention (2). Il y a plus; on peut même acquérir un domicile, soit par le seul fait, soit par la seule intention. L'enfant, en naissant, a le domicile de son père, par le fait seul de sa naissance, sans intention aucune, puisqu'il n'est pas capable de volonté. Le fonctionnaire inamovible acquiert un nouveau domicile par la seule intention qu'il manifeste en prêtant serment, et avant tout changement de résidence. C'est que la loi supplée, dans ces cas, ce qui manque pour l'acquisition du domicile.

79. La condition du fait ne donne pas lieu à des difficultés sérieuses. Il faut sans doute l'habitation dans un lieu différent pour qu'il y ait changement de domicile, on pourrait même croire qu'en changeant de résidence, on change nécessairement de domicile. Non, dit Pothier, il faut voir quelle est la cause qui nous appelle en un autre lieu; est-elle passagère, il n'y aura pas de nouveau domicile. Pothier donne comme exemple le cas d'un jeune homme qui va demeurer dans une ville pour y faire ses études; il n'est pas censé y avoir acquis domicile. C'est la décision d'une loi romaine, mais la loi ajoute que s'il avait demeuré dix ans dans cette ville, il faudrait dire qu'il y a translation de domicile; car le temps des études ne pouvant être si long, ce long temps qu'il aurait passé ferait présumer

(1) Arrêt du 7 mai 1839 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Domicile*, n° 25, t. XVII, p. 385).
(2) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 184, n° 6

qu'il y a établi son domicile (1). La cour de cassation a décidé dans le même sens que si celui qui étudie le droit ou la médecine dans une ville, continue à l'habiter après avoir achevé ses études, il peut, suivant les circonstances, y acquérir un nouveau domicile (2). Le principe qu'une cause passagère qui a engagé une personne à s'établir ailleurs ne lui acquiert pas un nouveau domicile, ne doit pas être entendu en ce sens que ceux qui s'établissent dans un lieu avec esprit de retour, conservent par cela même leur ancien domicile. C'est la nature de l'établissement qui décide la question; il faut que ce soit le principal établissement, pour qu'il entraîne un nouveau domicile. Mais aussi, si c'est le principal établissement, il y a translation de domicile, quand même il y aurait esprit de retour. Le contraire se lit quelquefois dans les arrêts : on dit que celui qui conserve l'esprit de retour conserve aussi son domicile. En fait cela peut être très-vrai, cela dépend de l'intention, seconde condition requise pour qu'il y ait changement de domicile. Seulement il ne faut pas que des faits isolés soient érigés en une règle de droit.

L'on demande si l'habitation doit avoir duré pendant quelque temps pour qu'il y ait changement de domicile. Lors de la discussion du code, on avait proposé que la nouvelle résidence eût quelque durée. Le changement de domicile intéresse les tiers ; il est donc utile, disait-on, qu'il soit manifesté par un fait public d'une certaine durée qui apprenne aux intéressés que telle personne avec laquelle ils ont traité a changé de domicile. Ce serait aussi un moyen de déjouer la fraude de la part d'un débiteur qui, pour se soustraire aux poursuites de ses créanciers, changerait coup sur coup d'habitation. Ces raisons ne prévalurent pas. On répondit que la translation de domicile était un droit, que ce droit ne pouvait pas être limité, en ce sens que la loi maintiendrait le domicile d'une personne dans son ancienne résidence pendant un certain temps, alors que sa volonté et son intérêt sont d'accord pour chan-

(1) L. 2, C., *de incolis* (X, 40). Pothier, *Introduction aux coutumes*, chapitre Ier, n° 15.
(2) Arrêt du 31 juillet 1843 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1843, 1, 395).

ger immédiatement de domicile. Tels étaient les principes suivis dans l'ancien droit. On décidait qu'une habitation d'un jour ou même d'un moment suffisait pour opérer le changement de domicile, bien entendu si l'intention de fixer dans ce lieu son principal établissement était prouvée (1). C'est dans le même sens que l'orateur du gouvernement explique le système du code civil. « La résidence la plus longue, dit Emmery, ne prouve rien, si elle n'est pas accompagnée de volonté; tandis que si l'intention est constante, elle opère avec la résidence la plus courte, celle-ci ne fût-elle que d'un jour (2). » Il a été jugé que la résidence, « quelque courte qu'elle soit, » suffit pour la translation du domicile, lorsque l'intention d'y fixer son principal établissement est constante (3).

80. Il est plus difficile de déterminer l'intention. D'après le code Napoléon, elle peut être expresse ou tacite (articles 104 et 105). C'est l'application d'un principe général; la volonté de l'homme peut se manifester soit par des déclarations formelles, soit par des faits. L'article 104 définit l'intention expresse, et donne en même temps à toute personne un moyen très-simple de faire connaître la volonté qu'elle a de changer de domicile : « La preuve de l'intention résultera d'une déclaration expresse, faite tant à la municipalité du lieu qu'on quittera qu'à celle du lieu où l'on aura transféré son domicile. » Il faut une double déclaration. La déclaration faite seulement à l'une des deux municipalités ne serait pas une preuve de l'intention. En effet, l'intention reste douteuse, elle n'est encore qu'à l'état de projet, tant que la déclaration n'est faite qu'à l'une des municipalités. De plus, comme le dit Demante, les tiers pourraient être trompés s'il n'y avait qu'une seule déclaration; ceux qui s'informeraient à la commune où elle n'a pas été faite, devant croire que celui qui change d'habitation n'a pas l'intention de changer de domicile (4).

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chapitre XXII, n° 198.

(2) Emmery, *Exposé des motifs* (Locré, t. II, p. 181, n° 3).

(3) Arrêt de la cour de Limoges du 1er septembre 1813 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Domicile*, n° 29).

(4) Ainsi décidé par un arrêt de la cour de Toulouse du 26 février 1850,

Est-ce à dire que cette déclaration simple n'ait aucun effet? Si réellement une personne a quitté sa résidence pour s'établir ailleurs, la déclaration qu'elle aura faite, soit à la commune qu'elle quitte, soit à celle qu'elle va habiter, sera un des faits qui serviront, en cas de contestation, à déterminer son intention (1).

81. « A défaut de déclaration expresse, dit l'article 105, la preuve de l'intention résultera des circonstances. » La loi se relâche ici de la rigueur des principes qu'elle suit d'ordinaire. Quand l'intention résulte d'un fait, on exige que ce fait ne puisse pas recevoir d'autre interprétation que la volonté qu'il implique. Il en est ainsi de l'acceptation de l'hérédité (art. 777). En matière de domicile, la loi se contente de *circonstances* qui font connaître l'intention, et avec raison; car il n'y a pas de faits qui prouvent *nécessairement* la volonté de changer de domicile; on pourrait toujours leur donner une autre interprétation.

Par cela même, il est impossible de préciser les circonstances qui peuvent être prises en considération par le juge pour décider s'il y a intention de changer de domicile. Voici les exemples que Pothier donnait, d'après d'Argentré. Si une personne qui change de demeure, et qui a deux résidences, laisse sa femme et sa famille dans son ancienne habitation, elle sera censée y conserver son domicile. Si elle séjourne plus longtemps dans une de ses résidences que dans l'autre, elle sera domiciliée là où elle fait le plus long séjour. Si elle passe des actes et si elle se dit demeurant ou domiciliée dans tel lieu, son propre aveu déterminera le lieu de son domicile. Il faudra encore considérer quelle est la commune où elle est soumise aux charges publiques. Enfin, dit Pothier, on se décidera pour le lieu où une personne se rend d'habitude avec sa famille pour faire ses pâques (2). Il y a d'autres circonstances plus décisives. Une personne aliène les biens qu'elle possède dans une commune, va s'établir ailleurs où elle achète

confirmé par un arrêt du 30 juillet 1850 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1852, 2, 61 et 1850, 1, 236).

(1) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 203, n° 130 *bis*, I.

(2) Pothier, *Introduction aux coutumes*, chap. Ier, n° 20.

d'autres biens; elle y exerce ses droits politiques, elle y comparaît devant les tribunaux sans opposer de déclinatoire (1).

Pourquoi le législateur n'a-t-il pas déterminé lui-même les circonstances qui peuvent faire connaître l'intention qu'une personne a de changer de domicile? Le rapporteur du Tribunat répond, et avec raison, que chaque circonstance ne peut être bien appréciée que par des nuances, qu'il est impossible à la loi de détailler ni même de prévoir (2). Voilà pourquoi la jurisprudence, en cette matière, est de peu de secours. Les préjugés, dit Merlin, que l'on pourrait citer ne prouvent rien, parce qu'il faut toujours en revenir à l'examen du fait (3). On citerait cinquante arrêts, que le cinquante et unième différerait des espèces déjà jugées, et les circonstances étant différentes, la décision aussi serait autre.

Les circonstances variant à l'infini et pouvant recevoir une interprétation diverse d'après les nuances qui les distinguent, l'intention peut être douteuse. Que faudra-t-il décider en ce cas? La réponse est très-simple. Le législateur se contente de circonstances, mais à la condition qu'elles fassent connaître l'intention. Si elles laissent du doute, par cela seul il n'y aura pas de manifestation de volonté, et partant pas de changement de domicile. C'est l'opinion de Pothier : « Le changement de domicile, dit-il, devant être justifié, on est toujours, dans le doute, présumé avoir conservé le premier (4). » A vrai dire, il n'y a pas de présomption, parce qu'il n'y a pas de loi qui l'établisse. L'ancien domicile subsiste jusqu'à ce qu'il ait été changé; pour qu'il soit changé, il faut la preuve de l'intention; si l'intention n'est pas prouvée, l'ancien domicile est maintenu.

82. Quand l'intention n'est pas manifestée d'une manière expresse, conformément à l'article 104, elle peut exister sans être connue. La doctrine et la jurisprudence admet-

(1) Richelot, *Principes du droit civil français*, t. Ier, p. 331-333.
(2) Rapport de Mouricault au Tribunat (Locré, t. II, p. 185, n° 10).
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Domicile*, § 6.
(4) Pothier, *Introduction aux coutumes*, chap. Ier, n° 20.

tent que dans ce cas les assignations peuvent se faire à l'ancien domicile. Mais quelle est la vraie raison de cette décision? Il y a des auteurs qui la rattachent à l'article 1382, d'après lequel « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (1). » C'est faire une fausse application du principe posé par cet article. Le quasi-délit suppose que celui qui cause un dommage n'avait pas le droit de faire ce qu'il a fait; celui qui use de son droit n'est jamais en faute, et ne répond pas du préjudice qu'il peut causer. Or, c'est un droit pour toute personne de changer de domicile, et aucune loi n'oblige ceux qui transfèrent leur domicile d'un lieu à un autre de manifester leur volonté par des déclarations expresses; elles usent donc d'un droit en exprimant leur intention d'une manière tacite. Dès lors, il ne peut pas être question de faute, ni de quasi-délit, ni de responsabilité. Il va sans dire qu'il en serait autrement si un débiteur changeait de domicile, en cachant sa volonté autant que la chose est possible, pour frauder ses créanciers.

§ III. *Du domicile légal.*

83. Il y a des cas où le domicile est établi par la loi. Sauf le domicile d'origine, le domicile légal implique toujours un changement de domicile. Quand la loi fixe elle-même le domicile, elle suppose que celui à qui elle l'attribue y a nécessairement son principal établissement. La question de savoir où est le domicile légal n'est donc plus une question de fait qui se décide par l'intention jointe à l'habitation, c'est une question de droit, et le droit peut se trouver en opposition avec la réalité des choses. Les deux éléments qui concourent à former le domicile, la résidence et l'intention, existent, il est vrai, d'ordinaire, dans le domicile légal, mais ils peuvent aussi ne pas se rencon-

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 578, n° 353; Dalloz, *Répertoire*, au mot *Domicile*, nos 40 et 135.

trer. C'est la loi seule qui détermine le domicile. Nous allons dire les raisons qui ont engagé le législateur à intervenir dans une matière qui semblait devoir être abandonnée à la libre volonté de l'homme.

N° 1. DOMICILE DE LA FEMME MARIÉE.

84. L'article 108 porte que la femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari. Ce domicile légal résulte de la nature du mariage et de la position qu'il fait à la femme mariée. Aux termes de l'article 214, la femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider. La femme a donc légalement sa résidence là où habite son mari, et elle ne peut pas en avoir d'autre. Il est vrai que les époux peuvent convenir qu'ils auront une habitation différente, mais cet accord ne peut pas déroger à l'article 214, puisque l'obligation imposée à la femme d'habiter avec son mari est d'ordre public. De droit donc, la femme a sa résidence là où le mari a son habitation, et le droit l'emporte ici sur le fait, puisqu'il ne peut pas y avoir, dans les matières d'ordre public, de fait contraire à la loi; un pareil fait est nul et par suite inopérant. Le cas s'est présenté devant la cour de Paris. Une femme italienne s'était établie à Aix avec le consentement de son mari, elle prétendait y avoir son domicile, ayant fait sa déclaration de volonté à la municipalité d'Aix. La cour de Paris décida qu'elle ne pouvait pas avoir de domicile distinct de celui de son mari, et son arrêt fut confirmé en cassation (1). On se demande comment il est possible de plaider jusqu'en cassation sur des questions qui sont plus claires que la lumière du jour!

Le domicile que la loi attribue à la femme mariée a encore une autre raison, qui est également placée au-dessus des conventions des parties. On lit dans le discours de l'orateur du Tribunat : « Le domicile étant établi pour fixer le lieu de l'exercice des droits civils actifs et passifs, les personnes qui ne peuvent exercer ces droits

(1) Arrêt du 25 février 1818 (Merlin, *Répertoire*, au mot *Domicile*, § 5).

que sous l'autorisation et par le ministère d'un administrateur ou protecteur légal, doivent avoir le même domicile que lui (1). » Tout le monde sait qu'il en est ainsi de la femme, puisqu'elle ne peut faire aucun acte juridique sans autorisation maritale (art. 215, 217). La femme ne peut jamais être affranchie de cette dépendance, puisqu'elle est une suite de la puissance maritale, laquelle est d'ordre public. Quand même elle se marierait sous le régime qui lui laisse le plus de liberté, quand même elle serait séparée de biens, elle reste sous puissance maritale, et par suite le siége de ses affaires, son principal établissement quant à l'exercice de ses droits, reste au domicile de son mari. Il a été jugé qu'il en est de même de la femme séparée de biens par sentence judiciaire (2); et la question, encore une fois, ne peut soulever l'ombre d'un doute : la séparation judiciaire, pas plus que la séparation stipulée par contrat de mariage, ne dispense la femme d'habiter avec son mari et ne l'affranchit de sa puissance.

85. Que faut-il décider si la femme est séparée de corps? L'opinion générale est que dans ce cas la femme peut acquérir un autre domicile que celui de son mari. On se fonde pour le décider ainsi sur la nature de la séparation de corps. Elle a précisément pour but et pour effet de mettre fin à la vie commune, de séparer les époux de corps, d'affranchir par conséquent la femme de l'obligation que l'article 214 lui impose d'habiter avec son mari. Elle aura donc une habitation distincte, et certes son intention ne sera pas de conserver son principal établissement chez son mari; dès lors, d'après le droit commun, elle aura un nouveau domicile. Tel est l'avis de la plupart des auteurs et la jurisprudence est conforme (3). Il y a cependant des motifs sérieux de douter. La question est de savoir si la femme séparée de corps peut invoquer le droit commun.

(1) Discours de Malherbe, dans Locré, t. II, p. 189, n° 9.

(2) Arrêt de la cour de Colmar du 12 juillet 1806 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 747, 2°).

(3) Voyez les auteurs et les arrêts cités dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Domicile*, n°s 72-74. Ajoutez un arrêt de la cour d'Orléans du 25 novembre 1848, qui a décidé la question en termes formels (Dalloz, *Recueil périodique*, 1849, 2, 9).

Son domicile légal ne subsiste-t-il pas malgré la séparation? L'article 108 semble le dire; il est rédigé dans des termes impératifs qui paraissent au premier abord exclure toute distinction. « La femme mariée *n'a point d'autre domicile* que celui de son mari. » Or, la séparation de corps laisse subsister le lien du mariage : la femme séparée reste femme mariée, donc le texte de la loi lui est applicable. Vainement invoque-t-on l'article 214; l'obligation d'habiter avec son mari n'est pas la seule raison qui ait fait donner à la femme le domicile marital; il y a encore et surtout l'incapacité dont elle est frappée, et qui la force de recourir à son mari pour tous les actes juridiques qu'elle est dans le cas de faire. Or, la séparation de corps ne change rien à l'incapacité de la femme. Etant toujours sous puissance du mari, ne doit-elle pas avoir son domicile?

Ces motifs ont entraîné d'excellents esprits, Merlin et Zachariæ (1). Si nous nous rangeons à l'opinion générale, c'est qu'il y a une raison traditionnelle qui nous paraît décisive. La séparation de corps n'est pas une création du code Napoléon; elle nous vient de l'ancien droit, et comme le code ne contient que quelques dispositions sur la matière, il est naturel de recourir au droit ancien pour l'interpréter. Or, voici ce que le président Bouhier écrivait : « La séparation de corps donne à la femme la liberté d'aller habiter où il lui plaît; elle a donc droit de se choisir un nouveau domicile. Ainsi cela dépend de sa volonté, de laquelle on juge à cet égard comme de celle de toute autre personne (2). » Pothier dit aussi que la femme séparée de corps a le droit de s'établir où elle veut, dans un autre domicile que celui de son mari (3). N'est-il pas naturel de penser que le législateur français a maintenu la séparation de corps avec les effets qu'elle produisait dans l'ancien droit? Aussi le rapporteur du Tribunat dit-il, et sans hésiter, que la femme séparée de corps peut,

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Domicile*, § 5.
(2) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chapitre XXII, n° 201.
(3) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 522; *Introduction aux coutumes*, chapitre Ier, n° 10.

comme la femme divorcée ou veuve, se choisir un autre domicile, parce que son devoir ne la tient plus auprès de son mari (1).

N° 2. DOMICILE DU MINEUR.

86. L'enfant, en naissant, a pour domicile celui de son père; c'est là qu'il est tenu d'habiter tant qu'il est mineur; c'est là qu'est le siége de ses affaires, puisque son père est administrateur légal de ses biens (art. 374, 389); enfin il est sous puissance paternelle jusqu'à sa majorité ou son émancipation (art. 372). Tels sont les motifs pour lesquels la loi décide que « le mineur non émancipé a son domicile chez ses père et mère (art. 108). » Il ne peut pas en avoir d'autre. Donc quand le père change de domicile, ses enfants mineurs changent de domicile avec lui. Il a été jugé que, si le père est nommé à une fonction à vie et irrévocable, ses enfants mineurs acquièrent de plein droit le domicile légal qui est attaché à ces fonctions (2).

L'article 108 dit que le mineur non émancipé aura son domicile chez ses père et mère *ou tuteur*. Si l'un des père et mère vient à mourir, et si le survivant exerce la tutelle, le domicile du mineur sera chez son père ou chez sa mère; le survivant réunit alors deux puissances, la puissance paternelle et la tutelle, qui l'une et l'autre fixent le domicile du mineur. Mais que faut-il décider si le survivant refuse la tutelle ou se fait excuser? Il y a deux puissances en conflit dans ce cas; le mineur est sous puissance paternelle et, à ce titre, il devrait avoir pour domicile celui du survivant de ses père et mère; il est aussi sous tutelle, et comme pupille il devrait avoir le domicile de son tuteur. Lequel des deux domiciles légaux l'emportera sur l'autre? Celui où est le siége des affaires du mineur, celui où s'exercent ses droits civils. C'est le principe posé par l'orateur du Tribunat; par suite, le mineur aura son domicile chez son tuteur; car, aux termes de l'article 450, « le tu-

(1) Rapport de Mouricault, dans Locré, t. II, p. 186, n° 12.
(2) Arrêts de la cour de cassation du 31 mars et du 25 mai 1846 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1846, 1, 200 et 201).

teur représente le mineur dans tous les actes civils. » Cela décide la question (1).

87. Le mineur émancipé peut se choisir un domicile autre que celui de ses père et mère ou tuteur. Il est affranchi de la puissance paternelle ou tutélaire; dès lors il acquiert la liberté de sa personne et, par suite, le droit d'avoir un domicile où il veut. Cela résulte du texte même de la loi; le mineur émancipé n'a pas de domicile légal. Cependant il est toujours incapable, il a besoin de l'assistance d'un curateur pour certains actes. Ceci prouve que, dans le système du code, l'incapacité ne suffit point pour entraîner un domicile légal. Il faut plutôt poser comme principe que ceux qui jouissent de la liberté de leur personne ont par cela même le droit d'établir leur domicile où ils veulent. Ce principe confirme l'opinion que nous venons d'émettre sur le domicile de la femme séparée de corps.

88. Il y a des difficultés pour le domicile de l'enfant naturel. S'il n'est pas reconnu, il n'a pas de domicile légal, puisque légalement il n'a ni père ni mère. S'il est reconnu par un seul de ses père et mère, il aura son domicile chez celui-ci. Mais il y a doute quand il est reconnu par ses père et mère et que ceux-ci n'ont pas le même domicile. Il faut voir où est le siége de ses affaires. Or, s'il avait des biens, son père en aurait l'administration; c'est donc au domicile du père qu'il exerce ses droits civils, c'est là que se trouve son principal établissement, et par conséquent son domicile. La question est néanmoins controversée. Comme il n'y a pas de texte, Demante est d'avis que l'on doit se déterminer d'après les circonstances, en ayant surtout égard à l'habitation réelle (2). Quelles sont ces *circonstances?* Voilà encore un de ces mots vagues que l'on devrait bannir de notre science, quand la loi elle-même ne l'emploie pas. L'habitation réelle est un des éléments du domicile, mais ce n'est pas le seul; il faut encore l'intention de fixer son principal établissement là où l'on

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 586, no 359.
(2) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 205, no 102 *bis*, III.

réside. Or, quand il s'agit de mineurs, ils n'ont pas d'intention ; voilà pourquoi la loi leur impose sa volonté. Il est vrai qu'il n'y a pas de loi expresse qui détermine le domicile de l'enfant naturel ; mais on peut et on doit appliquer par analogie à l'enfant naturel ce que la loi dit de l'enfant légitime. Nous avons cet argument d'analogie dans l'administration légale, et il nous paraît décisif.

Si les enfants naturels ne sont pas reconnus, ils peuvent néanmoins avoir un domicile légal, s'ils ont un tuteur. Et quand ils sont recueillis dans un hospice, la loi elle-même les constitue en tutelle (1). S'ils ne sont pas sous tutelle, il n'y a plus de domicile légal que l'on puisse leur appliquer. Il faut dire que leur domicile est inconnu, puisque leurs père et mère sont inconnus. Leur habitation leur tiendra lieu de domicile.

N° 3. DE L'INTERDIT.

89. L'article 108 porte que « le majeur interdit aura son domicile chez son curateur. » Il y a analogie entre la position de l'interdit et celle du mineur ; l'un et l'autre ont le siége de leurs affaires, leur principal établissement, et partant leur domicile, chez leur tuteur. La loi dit : le *majeur* interdit. Nous verrons que les mineurs peuvent aussi être interdits ; on leur appliquera naturellement la même règle. Pour le majeur, il se présente quelques difficultés, quand c'est un conjoint qui est interdit ; nous les examinerons plus loin.

La jurisprudence donne des applications de notre principe. Un interdit décède en pays étranger, où il n'a pas cessé de résider ; son tuteur est domicilié en France, mais il a été nommé par un tribunal étranger. Si le jugement a été rendu exécutoire en France par un tribunal français, il faut décider, sans doute aucun, que la succession de cet interdit s'ouvrira en France, au domicile de son tuteur (2).

(1) Loi du 15 pluviôse an XIII. Décret du 19 janvier 1811, article 15.
(2) Arrêt de la cour de cassation du 16 février 1842 (Dalloz, *Répertoire*,

N° 4. DES FONCTIONNAIRES.

90. Aux termes de l'article 107, « l'acceptation de fonctions conférées à vie emporte translation immédiate du domicile du fonctionnaire dans le lieu où il doit exercer ses fonctions. » Par *fonctions à vie,* il faut entendre des fonctions irrévocables conférées à vie. Cela résulte de l'article 106, d'après lequel le citoyen appelé à une fonction temporaire ou révocable conserve le domicile qu'il avait auparavant, s'il n'a pas manifesté d'intention contraire. Il faut donc deux conditions pour qu'un fonctionnaire acquière un domicile légal : la fonction doit être à vie et irrévocable. Telles sont les fonctions de juge, dans tous les tribunaux, et les fonctions de notaire. Pourquoi la loi fixe-t-elle leur domicile là où ils sont appelés à exercer leurs fonctions? Parce que c'est là qu'ils ont nécessairement leur principal établissement; le fait et l'intention concourent par la nature même de ces fonctions. En effet, le magistrat est nommé à vie, il ne peut être révoqué, pas même déplacé. Son devoir l'appelle donc pendant toute sa vie là où il exerce ses fonctions; il y doit par conséquent résider, et il ne peut pas avoir l'intention de se fixer ailleurs, car ce serait manquer à son devoir, comme le dit le rapporteur du Tribunat. La loi, ajoute l'orateur du Tribunat, ne peut pas même admettre cette supposition, parce qu'elle blesserait toutes les convenances sociales (1). Pour les notaires, il y a encore une raison de plus. La loi du 25 ventôse an XI (art. 2) porte qu'ils doivent résider dans le lieu qui leur est fixé par le gouvernement, sous peine d'être considérés comme démissionnaires.

91. Il y a des fonctions irrévocables, mais qui ne sont pas conférées à vie. Telles sont les fonctions électives; elles ne donnent pas de domicile légal, parce que le légis-

au mot *Succession,* n° 1670); et arrêt de la cour d'Agen du 10 avril 1813 (Dalloz, *Répertoire,* au mot *Domicile,* n° 91).

(1) Rapport de Mouricault, dans Locré, t. II, p. 184, n° 8; discours de Malherbe (*ibid.*, p. 189, n° 8); *Exposé des motifs* d'Emmery (*ibid.*, p. 181 n° 5).



lateur n'a pas pu supposer que celui qui est appelé seulement à résider pendant un temps limité dans la capitale, ait l'intention d'y transférer son principal établissement. Il y a plus; lorsque les fonctions, quoique conférées à vie, n'obligent pas celui qui les remplit de résider à demeure dans un lieu, il n'y a pas de domicile légal en vertu de l'article 107. La question s'est présentée devant la cour de cassation de Belgique pour les juges suppléants. D'après la législation belge, ils sont nommés à vie et inamovibles; on pourrait donc leur appliquer la lettre de l'article 107. C'est ce que fit la cour de cassation dans un premier arrêt, malgré les conclusions contraires du procureur général (1). Mais elle revint de son erreur, car erreur il y avait à appliquer la disposition de l'article 107 à un cas pour lequel certainement elle n'était pas faite. Par un nouvel arrêt, la cour décida que cet article n'avait en vue que les fonctionnaires dont les devoirs exigent une résidence au lieu où ils exercent leurs fonctions; cela résulte de la nature même du domicile, et cela a été dit par tous ceux qui ont exposé les motifs de la loi. Or, les juges suppléants ne sont pas obligés de résider là où ils remplissent accidentellement leurs fonctions; le décret du 18 août 1810 les autorise, au contraire, à résider dans une des communes du canton. Cela tranche la difficulté (2).

92. L'article 108 dit que c'est l'*acceptation* de fonctions publiques qui confère un domicile légal au fonctionnaire nommé à vie. Comment cette acceptation est-elle prouvée, et quelle est sa date? Il importe de le savoir, car le code ajoute qu'il y a translation *immédiate* du domicile dès qu'il y a acceptation. Le fonctionnaire n'accepte pas à proprement parler; quand il ne veut pas de la fonction qu'on lui a donnée, il refuse; par cela seul qu'il ne refuse pas, il accepte. Mais il prête serment; c'est la prestation du serment qui constitue l'acceptation légale. C'est donc à partir du moment où il a prêté serment qu'il a son domicile dans le lieu où il doit exercer ses fonctions. Cette translation se

(1) Arrêt du 13 juillet 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 406).
(2) Arrêt du 11 juillet 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 1, 346). Comparez le réquisitoire de l'avocat général, M Faider (*ibid.*, p. 344 et suiv.).

fait *immédiatement*, dit l'article 107, par conséquent avant que le fonctionnaire se soit rendu à sa destination; il a donc un domicile avant d'avoir une habitation. C'est une dérogation à l'ancien droit. Pothier exigeait, pour que le fonctionnaire acquît un nouveau domicile, qu'il fût *arrivé* là où il doit résider (1). La doctrine du code est contraire aux principes. Nous venons de dire que les auteurs de la loi proclament tous que le fonctionnaire inamovible a son domicile là où nécessairement il a sa résidence; donc le domicile ne devrait commencer qu'avec la résidence.

93. Les fonctionnaires révocables n'ont pas de domicile légal. Aux termes de l'article 106, ils conservent le domicile qu'ils avaient auparavant, s'ils n'ont pas manifesté d'intention contraire. Pourquoi n'ont-ils pas de domicile légal, et quelle est leur position? Malherbe, l'orateur du Tribunat, explique très-bien pourquoi le fonctionnaire révocable ne change pas de domicile par l'acceptation de ses fonctions. Rien ne le lie au lieu où il les exerce; il peut être tous les jours, sinon révoqué, au moins déplacé. Parcourant successivement des lieux divers sans s'attacher à aucun, il conserve naturellement l'esprit de retour au domicile qu'il avait avant de devenir fonctionnaire public, et qui est d'ordinaire son domicile d'origine. Quelle est donc sa position? Il est dans le droit commun des personnes qui changent de résidence, sans avoir l'intention de fixer leur principal établissement au lieu qu'ils vont habiter. C'est-à-dire qu'il conserve son ancien domicile, à moins qu'en changeant de résidence il n'ait aussi manifesté l'intention de changer de domicile. C'est ainsi que Malherbe explique la loi. « Il était juste, dit-il, de lui donner *la faculté* de conserver son domicile, sans qu'il pût en changer autrement que par l'expression positive de sa volonté (2). »

Ainsi le fonctionnaire révocable a *la faculté de conserver son domicile*. Il ne le conserve donc pas nécessairement; il dépend de lui de le fixer là où il va exercer ses fonc-

(1) Pothier, *Introduction aux coutumes*, chapitre Ier, n° 15.
(2) Malherbe, Discours (Locré, t. II, p. 189, n° 8).

tions; la loi elle-même suppose qu'il peut avoir cette intention, et la réalité des choses est en harmonie avec le droit. Tous les jours il arrive que des fonctionnaires, quoique révocables, ont l'intention de se fixer à demeure là où ils exercent leurs fonctions. En effet, bien que révocables, en droit, il est rare, en fait, qu'ils soient révoqués; il y en a même qui, par la nature de leurs fonctions, ne sont guère déplacés. Dès lors, tout les convie, en quelque sorte, à établir leur domicile au lieu qu'ils doivent habiter le plus souvent pendant toute leur vie. Aussi un grand nombre d'arrêts décident-ils que des fonctionnaires révocables, tels que des préfets, ont leur domicile là où ils exercent leurs fonctions (1). On peut même dire que cela est probable, surtout pour certains fonctionnaires. Seulement il faut se garder d'ériger cette probabilité en présomption, comme l'a fait la cour de cassation. On lit dans un arrêt que si des fonctions révocables n'ont pas pour effet d'opérer de plein droit la transmission du domicile dans le lieu où elles sont exercées, elles font *légalement présumer* que ce lieu est le siége du principal établissement du titulaire, à moins que la preuve contraire ne résulte de circonstances expressément déclarées (2). Voilà un de ces arrêts qui faisaient dire à Merlin : Il ne faut pas juger sur des précédents, mais par des raisons. La décision de la cour est en opposition ouverte avec le texte et avec l'esprit de la loi. Le texte dit que le fonctionnaire révocable *conserve* son ancien domicile, sauf intention contraire; tandis que la cour lui fait dire qu'il *transfère* son domicile, sauf intention contraire. A vrai dire, il n'y a aucune présomption légale, pas plus pour la *conservation* que pour la *translation* du domicile des fonctionnaires révocables. Tout ce que le législateur dit, c'est que ces fonctionnaires n'ont pas de domicile légal, donc pas de domicile présumé; ils ont la *faculté* de conserver leur ancien domicile, et ils ont aussi la *faculté* d'en acquérir un nouveau. En définitive, ils restent dans le droit commun.

Non, dit-on; le fonctionnaire révocable doit être dans une

(1) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Domicile*, n[os] 109-111.
(2) Arrêt du 21 mai 1835 (section criminelle) dans Dalloz, *Recueil*, 1835, 1, 112.

position spéciale ; car, s'il restait dans le droit commun, l'article 106 serait inutile. La loi dit qu'il conserve son ancien domicile, s'il n'a pas manifesté d'intention contraire. Comment cette intention se manifeste-t-elle ? Ici est la dérogation au droit commun. L'intention peut, en général, être expresse ou tacite ; dans le cas de l'article 106, elle doit être positive, dit Malherbe, c'est-à-dire expresse. Cette interprétation n'a pas trouvé faveur. L'article 106 ne dit pas que l'intention doive être positive ou expresse ; il exige seulement que le fonctionnaire ait manifesté l'intention de changer de domicile. Comment doit-il manifester sa volonté ? Sur ce point, la loi ne dit rien ; par cela même, nous restons sous l'empire des principes généraux. C'est ainsi que Pothier explique la position du fonctionnaire révocable (1). « Lorsque, dit-il, la cause qui nous appelle en un autre lieu est passagère, tel qu'un emploi amovible, quelque long séjour que nous y ayons fait, quoique nous y soyons décédés sans être retournés au lieu de notre premier domicile, et quoique nous n'y ayons plus eu de demeure, nous sommes néanmoins censés avoir conservé ce premier domicile, à moins que notre volonté de transférer notre domicile ne parût par d'autres circonstances ; comme si, par exemple, nous y avions acquis des héritages, et que nous eussions aliéné ceux que nous avions dans notre premier domicile (2). » Ainsi, question de circonstances, comme le dit l'article 105, c'est-à-dire le droit commun. C'est l'opinion générale (3).

94. Faut-il appliquer les mêmes principes aux militaires ? Le code Napoléon n'en parle pas ; ils restent par cela même dans le droit commun. Il y a cependant quelque hésitation dans la doctrine. Le doute vient de l'ancien droit. D'après une loi romaine, les gens de guerre sont réputés domiciliés là où ils remplissent leur service, à moins qu'ils ne possèdent quelques biens dans leur patrie (4).

(1) Pothier, *Introduction aux coutumes*, chapitre Ier, n° 15.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 593 et suiv., n° 366.
(3) La question a été décidée implicitement en ce sens par arrêt de la cour de cassation du 14 février 1855 (Dalloz, *Recueil*, 1855, 1, 398).
(4) L. 23, D., *ad munic*. (L, 1).

Rodier en tira cette conclusion que le domicile de l'officier et du soldat est le lieu où se trouve le régiment dans lequel ils servent (1). Le président Bouhier dit que cette décision ne serait pas reçue en France, parce que le lieu du service de nos soldats change trop souvent pour pouvoir être considéré comme un vrai domicile; il ajoute que la raison veut que l'on regarde le soldat comme ayant toujours conservé le domicile qu'il avait avant de s'engager dans le service. Il y a des actes législatifs qui viennent à l'appui de cette doctrine. Certains officiers ont une résidence fixe : tels étaient, sous l'ancien régime, les lieutenants généraux dans les provinces, les gouverneurs des villes et places; eh bien, une déclaration du 9 avril 1707 décida que ces officiers n'acquéraient pas de domicile dans le lieu où ils servaient; c'était dire que leur ancien domicile subsistait (2).

Faut-il conclure de là que les militaires n'ont jamais qu'une simple résidence dans les villes où ils sont en garnison? Zachariæ et M. Demolombe semblent poser ce principe (3). Cela nous paraît trop absolu. Tout ce que l'on peut induire de l'ancien droit, c'est que, contrairement à la loi romaine, les militaires n'ont pas nécessairement leur domicile là où ils servent. Mais autre est la question de savoir s'ils ne peuvent pas avoir leur domicile dans la ville où ils sont en garnison. C'est demander si la loi les place dans une position exceptionnelle. Evidemment cela n'est pas, puisque la loi est muette ; ne parlant pas des gens de guerre, il est impossible qu'elle les place dans une position spéciale. Or, là où il n'y a pas d'exception, on reste dans la règle. Le président Bouhier le décidait déjà ainsi dans l'ancien droit. Sans doute, dit-il, la seule résidence dans une ville ne donne pas de domicile à un officier. Mais quand la résidence est accompagnée de quelques-unes des marques qui prouvent, par elles-mêmes, la volonté de

(1) Rodier, *Sur l'ordonnance de* 1667, titre II, article 3 (question VII, n° 6).

(2) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chapitre XXII, nos 176-180.

(3) Zachariæ, t. Ier, § 141, p. 278, note 1; Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 579, n° 351.

l'homme pour l'établissement d'un domicile, pourquoi n'y aurait-on pas égard (1)? On doit décider la même chose sous l'empire du code civil. Certes, si un officier faisait la double déclaration prescrite par l'article 104, l'intention expresse, jointe au fait de la résidence, lui donnerait un domicile. Ce qui est certain dans le cas où l'intention est expresse ne l'est pas moins quand l'intention est tacite. Il y a des arrêts qui ont décidé que des officiers avaient conservé leur domicile d'origine, mais ces décisions sont fondées sur les principes généraux; en vertu de ces mêmes principes, on peut décider qu'ils ont leur domicile là où ils sont en garnison (2). La question est très-importante, en Belgique, à raison de l'exercice des droits électoraux; il y a un moyen très-simple pour les officiers de mettre leur droit à l'abri de toute contestation, c'est de faire les déclarations prescrites par l'article 104.

95. Quel est le domicile des ministres du culte? D'après la législation française, l'Etat intervient dans la nomination des ministres du culte; ils sont donc, en un certain sens, des fonctionnaires, et on peut leur appliquer les dispositions des articles 106 et 107. Il y a des ministres du culte catholique qui sont nommés à vie et irrévocables, ce sont les évêques et les curés; par suite, ils ont leur domicile légal là où ils exercent leurs fonctions (3). Il a été jugé dans l'ancien droit que les évêques avaient leur domicile au chef-lieu de leur diocèse, quand même ils passaient une grande partie de l'année à Paris ou ailleurs. Un arrêt du parlement de Paris a décidé que l'abbé Dubos, chanoine de Beauvais et secrétaire perpétuel de l'Académie française, avait son domicile à Beauvais, quoique ses travaux littéraires et les négociations dont il était chargé par le gouvernement le retinssent à Paris la plupart du temps (4).

D'après la constitution belge, l'Etat n'a pas le droit d'intervenir dans la nomination ni dans l'installation des

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chapitre XXII, n° 216.
(2) Voyez les arrêts dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Domicile*, n° 48.
(3) Loi du 18 germinal an x, article 31. Dalloz, *Répertoire*, au mot *Domicile*, n° 101.
(4) Merlin, *Répertoire*, au mot *Domicile*, § 3, n° 6.

ministres d'un culte quelconque (art. 16). Par suite, les ministres du culte n'ont plus de caractère public; les articles 106 et 107 ne peuvent donc pas leur être appliqués. Ils restent sous l'empire du droit commun. Seulement, la circonstance que les évêques et les curés sont inamovibles en vertu du droit canonique influerait sur la décision; il est certain que l'on jugerait qu'en fait ils ont leur domicile là où ils exercent leurs fonctions; mais ce n'est plus un domicile légal.

N° 5. DES GENS DE SERVICE.

96. L'article 109 porte : « Les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui auront le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent, lorsqu'ils demeureront avec elle dans la même maison. » Deux conditions sont donc requises pour que les gens de service aient un domicile légal. Il faut d'abord qu'ils travaillent *habituellement* chez la personne qu'ils servent. Un travail accidentel de quelques jours ou de quelques semaines ne suffirait pas pour leur donner un domicile légal. En second lieu, il faut qu'ils demeurent dans la même maison avec la personne chez laquelle ils travaillent. La demeure est l'élément de fait du domicile, le travail habituel est la marque de l'intention. Quand les deux éléments concourent, on conçoit qu'il y ait domicile légal, comme pour les fonctionnaires. Seulement ici il y a domicile légal, quoique le service soit temporaire. C'est une confirmation de ce que nous avons dit de l'esprit de retour; il n'empêche pas qu'il n'y ait domicile. Si le législateur attribue un domicile aux domestiques pour un service à temps, tandis que les fonctionnaires nommés à temps, et même à vie quand ils sont amovibles, n'ont pas de domicile légal, la raison en est que les gens de service n'ont pas, d'ordinaire, d'autre établissement que leur service; c'est donc nécessairement leur établissement principal et par suite leur domicile, tandis que les fonctionnaires ont presque toujours et conservent un établissement autre que leur fonction.

97. La loi est conçue dans les termes les plus généraux ; elle s'applique à tous ceux qui *servent* ou *travaillent* habituellement chez autrui ; ainsi, non-seulement aux domestiques, mais aussi aux commis, aux clercs, aux précepteurs. Proudhon l'applique même aux fermiers ; mais ici cet esprit si logique s'est trompé : le fermier occupe une maison appartenant au bailleur, mais il ne demeure pas avec lui dans la même maison. Il n'est donc pas compris dans le texte de la loi. L'esprit de la loi est aussi contraire à cette interprétation ; le fermier est dans la même position que le fonctionnaire amovible, il a un établissement ailleurs ; par suite, il doit conserver son ancien domicile, à moins qu'il n'ait l'intention de le transférer à la ferme qu'il va habiter. Cette intention est une question de fait que le législateur n'a pas pu préjuger, puisqu'il n'y a pas de raison suffisante pour fixer un domicile légal (1).

La loi, quoique générale, implique une restriction en disant : le *majeur*. Il en résulte que le domicile légal de l'article 109 ne s'applique pas au mineur. Il faut entendre le mineur non émancipé, qui a son domicile légal chez son père ou chez son tuteur. S'il est émancipé, rien n'empêche qu'il n'ait son domicile chez la personne qu'il sert, en vertu de l'article 109.

Que faut-il décider de la femme mariée qui travaille habituellement chez une personne avec laquelle elle habite ? Nous allons examiner cette question en traitant du conflit qui peut exister entre divers domiciles légaux.

N° 6. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

98. Le domicile légal a ceci de particulier qu'il est parfois *fictif*, bien qu'il soit *réel*. Il est réel en vertu de la loi, mais la loi peut ne pas être en harmonie avec la réalité des choses. Ainsi le mineur qui a un tuteur autre que le survivant de ses père et mère, habitera régulièrement avec son père ou sa mère, et il aura néanmoins son

(1) Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. 1er, p. 248 et note *c*.

domicile chez son tuteur. La même chose peut arriver dans la tutelle ordinaire. De même la femme mariée a, dès l'instant de son mariage, le domicile de son mari, bien que les époux puissent demeurer à la résidence de la femme ou ailleurs.

La circonstance que le domicile légal est fictif ou réel doit être prise en considération pour décider la question de savoir si le domicile légal cesse avec les causes qui l'ont fait établir par le législateur. Il y a sur ce point quelque dissentiment dans la doctrine. Zachariæ dit que tout domicile légal cesse au moment où disparaît le fait qui y servait de fondement (1). D'un autre côté, tout le monde admet que la femme veuve conserve le domicile de son mari, comme l'enseignent déjà les lois romaines (2). Y a-t-il contradiction entre ces décisions? Il est très-facile de les concilier. Evidemment, il ne peut plus s'agir d'un domicile légal quand on n'est plus dans les circonstances déterminées par la loi. L'enfant qui devient majeur n'a plus son domicile légal chez ses père et mère ou chez son tuteur. Le fonctionnaire inamovible perd son domicile légal à l'instant où il cesse d'être fonctionnaire. Il en est de même des gens de service du moment qu'ils cessent de servir. N'en serait-il pas de même de la femme veuve? La question peut à peine être posée. Comment la femme aurait-elle un domicile légal, à raison du mariage, alors qu'il n'y a plus de mariage? Le domicile légal cesse donc, comme le dit Zachariæ, avec la cause qui l'a fait établir.

Quel sera le domicile des personnes qui avaient un domicile légal qu'elles n'ont plus? Zachariæ répond qu'elles acquièrent immédiatement un domicile, d'après les règles de droit commun qui régissent le domicile, c'est-à-dire là où elles vont demeurer avec l'intention d'y fixer leur principal établissement. Or, il se peut, et cela arrivera même très-souvent, que ce domicile réel sera le même que l'ancien domicile légal. Il en est ainsi de la veuve, si elle con-

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. Ier, § 143.
(2) L. 22, § 1, D., *ad munic.* (L, 1).

tinue à habiter la maison qui était son domicile légal, avec l'intention d'y conserver son principal établissement; elle conserve son ancien domicile, mais ce n'est plus un domicile légal. Il en sera de même du fonctionnaire qui continue à résider dans la ville où il occupait une fonction inamovible, ainsi que des mineurs qui, à leur majorité, continuent à habiter la maison paternelle, ou même, sans l'habiter, conservent leur domicile d'origine par l'intention. Mais si le domicile est fictif, il n'en sera plus ainsi. Le mineur qui a un domicile fictif chez son tuteur ne le conservera pas quand la tutelle cessera. Quel sera donc son domicile? On applique toujours les principes généraux. Il aura son domicile dans le lieu qu'il habite avec l'intention d'y fixer son principal établissement. Les gens de service sont dans une position spéciale; leur domicile légal étant essentiellement temporaire, ils ne peuvent pas le conserver quand ils quittent leur service. Ils entrent d'ordinaire dans un nouveau service, et prennent par conséquent un nouveau domicile légal. A défaut de domicile légal, on applique les principes du droit commun.

99. Une personne peut avoir plusieurs domiciles légaux; lequel l'emportera? car il ne peut y en avoir qu'un seul. Une femme mariée sert habituellement une maîtresse avec laquelle elle demeure dans la même maison. Les auteurs s'accordent à dire qu'elle aura son domicile chez son mari et non chez la personne qu'elle sert (1). Il y a conflit entre deux domiciles légaux. Pourquoi donne-t-on la préférence au domicile légal du mari? La raison est palpable. D'une part, il y a une cause permanente, la puissance maritale, et une cause d'ordre public; elle doit l'emporter sur une cause temporaire, et qui, pour une femme mariée, ne peut être qu'accidentelle, le service dans une maison étrangère.

La difficulté est plus sérieuse quand le mari est interdit; placé sous tutelle, il prend alors le domicile de son tuteur. Quel sera, dans ce cas, le domicile de la femme? Dans l'opinion générale, on distingue. La femme est-elle nommée tutrice, c'est chez elle que le mari aura son domi-

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 597, n° 368.

cile, et elle pourra changer de domicile, d'après le droit commun. La femme mariée aurait donc, en ce sens, par exception, un domicile à elle. Que si un étranger est nommé tuteur, le domicile de ce tuteur sera celui du mari et, par suite, celui de la femme (1). Cette doctrine nous paraît très-douteuse. Quand la femme est nommée tutrice de son mari interdit, il y a deux domiciles légaux en collision, celui de la femme mariée est chez son mari, celui de l'interdit chez son tuteur. Lequel, dans l'espèce, doit l'emporter? Celui qui a une cause permanente. Or, la cause permanente, c'est le mariage; l'interdiction du mari n'empêche pas que la femme ne soit sous puissance maritale; donc son domicile doit être celui de son mari. La loi elle-même suit ce principe. Pourquoi l'article 109 décide-t-il implicitement que le *mineur* qui sert habituellement chez autrui conserve son domicile légal chez son père? Parce que ce domicile légal a une cause permanente que le service ne détruit pas. Par analogie, il faut décider, nous semble-t-il, que le domicile attribué à la femme par le mariage ne cesse pas par l'interdiction du mari. Que si le mari est placé sous la tutelle d'un étranger, à quel titre la femme prendrait-elle le domicile de ce tuteur? Il y a de nouveau conflit, et il faut voir lequel des deux domiciles légaux doit l'emporter. La raison de décider est la même. En effet, l'interdiction du mari laisse subsister la puissance maritale; seulement au lieu du mari, c'est le tribunal qui autorisera la femme. Toujours est-il que le siége légal des affaires de la femme est chez son mari et non chez le tuteur du mari. Donc le domicile du mari doit l'emporter sur celui du tuteur. Il y a encore une autre raison de le décider ainsi. La femme a le domicile du mari, parce qu'elle est tenue d'habiter avec lui et de le suivre partout où il juge à propos de résider. Est-ce que la femme sera obligée de suivre le tuteur de son mari? Non, certes: la cour d'Aix l'a décidé ainsi (2), et cela ne peut pas faire

(1) Demolombe, t. Ier, p. 589, n° 363; Dalloz, *Répertoire*, au mot *Domicile*, n° 92.
(2) Arrêt du 5 mars 1842 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Interdiction*, n° 174).

de doute. Donc la femme ne peut pas avoir le domicile du tuteur de son mari interdit (1). Elle conserve le domicile que son mari avait au moment de son interdiction.

SECTION III. — Effets du domicile.

100. Dans l'ancien droit, le domicile avait une importance capitale, car c'est le domicile qui déterminait le statut personnel et de ce statut dépendait l'état des personnes, leur capacité ou leur incapacité. C'est la raison pour laquelle Pothier commence son *Introduction aux coutumes* par les principes sur le domicile. Par exemple, dit-il, une personne soumise, par son domicile, à la coutume d'Orléans, ne peut tester avant l'âge de vingt ans, réglé par cette coutume; il en est ainsi même des biens qu'elle aurait dans les pays de droit écrit, qui permet aux garçons de tester á quatorze ans et aux filles à douze. De même, une femme mariée, soumise à la coutume d'Orléans, ne peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner ni acquérir des biens, quoique situés dans les pays de droit écrit où l'autorisation n'est pas exigée (2). Il va sans dire que, dans notre droit moderne, le domicile n'a plus aucune influence sur l'état ni sur la capacité des personnes. Il n'y a plus de coutumes locales, l'état des Français est le même dans toute la France, et c'est un des grands bienfaits du code Napoléon. D'un pays à l'autre, la différence des statuts personnels subsiste, mais ce n'est pas le domicile qui détermine le statut, c'est la nationalité. Le Français est régi par la loi française pour tout ce qui concerne son état et sa capacité, qu'il soit domicilié à l'étranger ou qu'il n'y ait qu'une simple résidence. De même l'étranger est régi par son statut personnel en France, qu'il y soit domicilié ou non (3).

101. Le domicile conserve néanmoins une grande importance. Il résulte de la définition qu'en donne l'article 102 que l'exercice des droits civils est attaché au domicile; d'après la législation belge, il faut ajouter qu'il en est de

(1) Richelot, *Principes du droit civil français*, t. Ier, p. 347, n° 244.
(2) Pothier, *Introduction aux coutumes*, chapitre Ier, nos 7, 8.
(3) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 127, n° 87.



même des droits politiques. Nous laissons ces derniers de côté, pour nous en tenir aux droits civils qui s'exercent au domicile. Le plus considérable concerne la juridiction. En matière personnelle et mobilière, le demandeur doit traduire le défendeur devant le tribunal du domicile de celui-ci (code de procédure, art. 59). La loi l'a décidé ainsi pour la commodité de la défense; personne n'étant censé obligé, la présomption est pour le défendeur. Pour la même raison, la loi veut qu'on signifie au domicile du défendeur les assignations, les commandements et autres exploits d'huissier (code de procédure, art. 68). La doctrine et la jurisprudence admettent cependant une exception à ce principe. Il a été jugé bien des fois que l'on peut signifier les exploits au domicile apparent, c'est-à-dire à la résidence, et nous avons déjà dit qu'il en est de même des assignations. L'exception est fondée sur ce que le domicile réel peut être inconnu, douteux; il donne souvent lieu à des contestations très-difficiles. Dès lors, la nécessité a conduit à légitimer les assignations et exploits au domicile apparent. Mais il ne faudrait pas en induire, comme l'a fait la cour de Toulouse, que le code Napoléon a maintenu le principe du droit romain en vertu duquel on peut avoir deux domiciles (1); la définition même que le code donne du domicile prouve qu'on ne peut en avoir qu'un seul. Mais il arrive, par exception, que la résidence tient lieu du domicile. Celui à qui on fait une signification à son domicile apparent ne peut pas se plaindre, parce qu'il ne tenait qu'à lui, en général du moins, d'avoir un domicile certain, connu de tous.

102. L'article 110 porte que le lieu où une succession s'ouvrira sera déterminé par le domicile. Cette règle est établie en faveur de toutes les parties intéressées. Il s'agit de déterminer devant quel tribunal seront portées les actions qui concernent la liquidation et le partage d'une succession. La loi décide que c'est le tribunal du lieu où était le siége des affaires du défunt; c'est là que se trouvent ses papiers, ses titres et d'ordinaire ses biens.

(1) Arrêt du 13 juillet 1816 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Domicile*, n° 136).

Il importe d'ailleurs de centraliser les actions en les attribuant à un seul tribunal, afin d'éviter des frais inutiles.

Ce que la loi dit des successions s'applique à la plupart des actes extrajudiciaires. C'est au domicile et à la résidence des absents que se font les enquêtes qui ont pour but de constater l'absence (art. 116). C'est au domicile ou à la résidence que se célèbre le mariage (art. 74); c'est aussi le domicile qui détermine, en général, le régime que les futurs époux sont censés adopter, quand ils ne font pas de contrat; on appelle ce domicile *matrimonial;* nous verrons ailleurs les conditions sous lesquelles il existe et les effets qu'il produit. L'adoption est solennisée au domicile de l'adoptant (art. 353). Pour la tutelle officieuse, on doit s'adresser au juge de paix du domicile de l'enfant (art. 363). Dans toute tutelle, le conseil de famille s'assemble au domicile du mineur (art. 406). Le domicile exerce encore de l'influence en matière d'obligations. C'est au domicile du débiteur que se fait le payement, quand un autre lieu n'est pas désigné par la convention expresse ou tacite des parties (art. 1247). S'il est obligé de fournir une caution, celle-ci doit être domiciliée dans le ressort de la cour d'appel (art. 2018) (1).

CHAPITRE II.

DU DOMICILE D'ÉLECTION.

§ Ier. *Quand il y a domicile élu.*

103. Il y a des cas où la loi ordonne d'élire un domicile. Nous en trouvons deux exemples dans le code Napoléon. L'article 176 veut que tout acte d'opposition à un mariage contienne élection de domicile dans le lieu où le

(1) Richelot, *Principes du droit civil français*, t. Ier, p. 351-361.

mariage devra être célébré. Aux termes de l'article 2148, le créancier qui prend une inscription hypothécaire doit élire domicile dans un lieu de l'arrondissement du bureau. La loi hypothécaire belge a reproduit cette disposition (art. 83). Jadis il y avait un autre cas où l'élection de domicile était commandée par le législateur. Un édit de février 1580 ordonna que toutes personnes ayant seigneuries ou maisons fortes, ou autres de difficile accès, seraient tenues d'élire domicile en la plus prochaine ville royale de leur demeure et résidence ordinaire, où les exploits leur seraient valablement signifiés. Le but de cette singulière ordonnance était de soustraire les huissiers aux mauvais traitements et aux cruautés qui d'ordinaire les attendaient dans les châteaux féodaux. Couper les oreilles à un sergent, le jeter par la fenêtre ou le tuer, c'était là pour les seigneurs un jeu, un amusement. Il fallut permettre de les assigner de loin (1). Il est bon de rappeler ces traits du bon vieux temps, afin de ne pas oublier la reconnaissance que nous devons à la révolution de 89, qui a consacré le principe de l'égalité dans toutes les relations de la vie civile.

104. Nous n'avons à nous occuper ici que du domicile que les parties élisent volontairement dans les contrats. L'article 111 le leur permet, afin de faciliter les conventions. On demande s'il faut une convention expresse pour qu'il y ait domicile élu, ou s'il suffit d'une convention tacite. Nous n'hésitons pas à répondre, avec Merlin, que l'élection de domicile doit être expresse. Il invoque d'abord les paroles l'orateur du Tribunat. « La loi, dit Malherbe, conserve à chaque individu le droit de déroger aux règles établies par la loi pour fixer son domicile. Mais il faut que cette dérogation soit stipulée dans chacun des actes auxquels elle se rapporte (2). » A cela on répond que le mot *stipuler* n'a pas, en droit français, le sens qu'il avait en droit romain; aujourd'hui il est synonyme de *contracter;* or, le consentement, qui constitue l'essence du contrat, peut se manifester

(1) Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, t. II, p. 90. *Encyclopédie méthodique*, au mot *Huissier*.
(2) Discours de Malherbe, dans Locré, t. II, p. 190, n° 12.

d'une manière tacite aussi bien que d'une manière expresse (1). Eh! qui donc songe à ressusciter les stipulations romaines? Certes, Merlin pas plus que Malherbe. Mais l'orateur du Tribunat donne une raison pour laquelle l'élection de domicile doit être expresse : c'est que cette élection déroge aux règles générales sur le domicile; or, il est de principe que les exceptions n'existent que si elles ont été formellement établies. Cela résulte de la nature même de l'exception. Merlin donne encore un autre motif à l'appui de son opinion. Elire domicile dans un lieu où l'on n'est pas domicilié, c'est renoncer au droit que l'on a de ne pouvoir être assigné que dans son propre domicile et devant son juge naturel. Or, il est encore de principe que la renonciation à un droit quelconque ne se présume pas, et qu'il faut qu'elle soit expresse. Il est vrai que le législateur admet quelquefois des renonciations tacites, mais cela encore est une exception que l'on ne peut admettre que dans les cas prévus par la loi (2).

105. Par application de ce principe, il faut décider que l'indication d'un lieu de payement autre que le domicile du débiteur n'emporte pas élection de domicile. En droit romain, celui qui s'obligeait de payer dans un lieu était censé se soumettre, par cela seul, à la juridiction du juge de ce lieu. Cela venait, dit Merlin, de ce que les contrats étaient, en général, attributifs de juridiction aux juges des lieux où ils étaient passés, et qu'ils étaient toujours réputés faits dans le lieu où devait se faire le payement. Or, il y a longtemps que cela n'est plus reconnu en France. On ne suit la maxime romaine que pour les obligations relatives au commerce; c'est une disposition traditionnelle qui a été maintenue par le code de procédure (art. 420). En matière civile, on ne l'admet pas, et avec raison. Autre chose est de s'obliger à payer en un certain lieu, autre chose est d'adopter un lieu pour domicile (3). Le débiteur peut avoir choisi un lieu pour le payement à raison de ses convenances personnelles; certes, on ne dira pas, dans

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Domicile élu*, n° 38.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Domicile élu*, § 2, n° 4.
(3) Valette sur Proudhon, t. Ier, p. 240.

ce cas, qu'il ait entendu renoncer au bénéfice de son domicile. Que si c'est dans l'intérêt du créancier que le lieu du payement a été fixé, il faut restreindre cette clause dans les limites pour lesquelles elle a été stipulée, c'est-à-dire pour l'exécution volontaire de l'obligation par la prestation de ce qui en fait l'objet; on ne peut pas l'étendre au cas d'un procès, puisque les parties n'ont pas parlé de procès. Telle est l'opinion générale et la jurisprudence est conforme (1).

106. La cour de cassation s'est écartée de la rigueur de ces principes, en décidant que le pouvoir donné à un mandataire d'élire domicile par le contrat qu'il devait passer, équivalait à une élection effective, alors que le mandataire n'avait pas fait usage de cette clause (2). Que dire, s'écrie Merlin, d'un arrêt aussi extraordinaire? Il répond : *Legibus, non exemplis judicandum est*. Hâtons-nous d'ajouter que la cour suprême est revenue de cette singulière jurisprudence. Les plus simples notions de droit nous disent que l'intention ne suffit pas pour qu'il y ait convention, il faut de plus que l'intention ait été exécutée. Or, que fait le mandant lorsqu'il charge son mandataire qui doit passer un contrat pour lui, d'élire un domicile dans ce contrat? Il manifeste bien l'intention de se soumettre à la juridiction du juge du lieu qui sera choisi, mais il n'exécute pas encore cette intention; si donc le mandataire n'use pas de son pouvoir, nous restons en présence d'un projet, et un projet n'est pas un contrat (3).

107. L'article 111 porte : « Lorsqu'*un acte* contiendra élection de domicile pour l'exécution de ce *même acte*. » Faut-il conclure de là que le domicile doit être élu dans l'acte même qui constate la convention à raison de laquelle les parties élisent un domicile? La question ne mériterait pas même d'être posée, si ce n'étaient les déclarations très-expresses faites par les orateurs du gouvernement et

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Domicile élu*, n° 41.
(2) Arrêt du 24 juin 1806 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Domicile élu*, n° 128).
(3) Arrêt de la cour de cassation du 3 juillet 1837 (Dalloz, au mot *Domicile élu*, n° 124). Merlin, *Répertoire*, au mot *Domicile élu*, § 2, n° 5.

du Tribunat. Le conseiller d'Etat Emmery dit : « La loi exige que l'élection de domicile soit faite dans l'acte même auquel elle se réfère. » Et le tribun Malherbe s'exprime dans le même sens. « Il faut, dit-il, que cette dérogation soit stipulée dans chacun des actes auxquels elle se rapporte (1). » En effet, la loi paraît exiger qu'il en soit ainsi. Néanmoins, l'opinion contraire est admise par tout le monde, et avec raison. La loi prévoit ce qui se fait habituellement, mais elle n'en fait pas une question de validité. Il n'y aurait aucun motif pour cela. Est-ce que les actes que les parties font après avoir arrêté leurs conventions ne se rapportent pas à ces conventions? Est-ce que toutes ces clauses ne forment pas un seul et même contrat (2)? Inutile d'insister; si nous disons un mot de cette question, c'est pour montrer combien il faut se défier des discours et des exposés des motifs, alors même qu'ils paraissent être d'accord avec le texte.

108. L'article 111 contient encore une autre expression qui, prise à la lettre, ferait dire au législateur ce que bien certainement il n'a pas voulu dire. Il porte que l'élection de domicile se fait dans un autre lieu que celui du domicile réel. Tel est, en effet, le cas le plus fréquent; il faut dire plus, c'est précisément pour cela que les parties élisent un domicile fictif. Est-ce à dire que le domicile ne puisse être élu là où est le domicile réel? La loi ne le défend pas, et les parties peuvent avoir intérêt à faire cette stipulation. Cela était admis sans difficulté aucune dans l'ancien droit. On lit dans Denisart : « Lorsque les contractants ont élu domicile en leur demeure déclarée dans l'acte, ils consentent par là que tous les exploits auxquels l'exécution de l'acte pourra donner lieu soient valablement faits à ce domicile, *quoiqu'ils changent de demeure* (3). » Cela se peut encore faire sous l'empire du code civil et malgré les termes de l'article 111. En effet, la loi

(1) Emmery, *Exposé des motifs* (Locré, t. II, p. 182, n° 8); Malherbe, Discours (Locré, t. II, p. 190, n° 12).

(2) Merlin, d'après son habitude, épuise la question (*Répertoire*, au mot *Domicile élu*, § 2, n° 6).

(3) *Nouveau Denisart*, au mot *Domicile élu*, § 6.

ne dit pas que l'élection de domicile *doit* se faire en un autre lieu que le domicile élu; ce n'est que par un argument *à contrario* qu'on pourrait arriver à une pareille conclusion, et l'on sait que cette argumentation est le plus mauvais des raisonnements. Comme le dit la cour de cassation (1), il n'est aucune raison plausible de restreindre l'exercice du droit que l'article 111 donne aux contractants ; il le leur donne pour rendre plus facile l'exécution des actes qu'ils passent; dès lors il faut s'en rapporter à eux, ils sont les meilleurs juges de leur intérêt et ils doivent avoir le droit de faire tout ce que leur intérêt exige. Telle est aussi l'opinion générale (2).

109. Le domicile d'élection est établi par une convention, il faut donc lui appliquer les principes qui régissent les contrats. Or, l'article 1122 dit que l'on est censé stipuler pour soi et pour ses héritiers ou ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention. Nous supposons que le contraire n'est pas exprimé; et certes la nature de la clause n'implique pas qu'elle soit attachée à la personne des parties contractantes. Donc elle passe aux héritiers, et les créanciers peuvent s'en prévaloir, car ils sont les ayants cause de leurs débiteurs quand ils exercent leurs droits en vertu de l'article 1166. La question était controversée dans l'ancien droit. Sous l'empire du code, il ne peut plus y avoir de doute. Malherbe, l'orateur du Tribunat, a expliqué la loi en ce sens; il dit que le domicile élu passe aux ayants droit, par la raison que l'effet de la stipulation n'étant pas limité aux seuls contractants, il est évident qu'il se transmet comme toutes les autres actions. La jurisprudence est conforme (3).

(1) Arrêt du 24 janvier 1816, dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Domicile élu*, n° 52.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Domicile élu*, § 2, n° 7. Dalloz, au mot *Domicile élu*, n°s 51, 52.

(3) Malherbe, Discours (Locré, t. II, p. 190, n° 12. Merlin, *Répertoire*, au mot *Domicile élu*, § 2, n° 8.

§ II. — *Effets du domicile d'élection.*

110. L'article 111 détermine les effets du domicile d'élection; il porte que « les significations, demandes et poursuites relatives à l'acte qui contient élection de domicile, pourront être faites au domicile convenu et devant le juge de ce domicile. » Ainsi l'élection de domicile attribue compétence au juge du domicile élu, et autorise les significations à ce même domicile. Il résulte de là une grande différence entre le domicile réel et le domicile élu. Le premier est général, il est établi pour l'exercice de tous les droits civils; tandis que le second est spécial et ne concerne que la juridiction et la signification des exploits. Encore faut-il ajouter une restriction, même dans ces limites. Le domicile élu est établi par le contrat; or, les parties contractantes peuvent étendre ou restreindre leurs conventions comme elles le jugent convenable, et ces conventions leur tiennent lieu de loi. Dès lors, c'est la convention qui déterminera les effets que les parties ont voulu attacher à l'élection de domicile. Il faut ajouter que ces conventions sont de stricte interprétation, comme le dit la cour de cassation. En effet, elles dérogent au droit commun, et toute exception doit être renfermée dans les limites pour lesquelles les parties ou la loi l'ont établie. Cela est surtout vrai du domicile élu qui est une pure fiction, et les fictions s'interprètent toujours d'une manière restrictive. L'effet de l'élection de domicile, dit la cour suprême, ne s'étend donc pas d'un objet à un autre qui en est totalement distinct. Par application de ce principe, elle a décidé que le domicile élu au commencement d'une procédure en première instance ne l'est pas pour l'instance d'appel, si l'intention de la partie à cet égard n'est pas clairement manifestée (1). On ne peut donc pas dire que l'élection de domicile soit toujours et nécessairement attributive de juridiction; elle ne l'est que si telle est la volonté

(1) Arrêt du 25 vendémiaire an XII (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Domicile élu*, n° 29).

des parties contractantes. On trouve de nombreuses applications de ce principe dans la jurisprudence; nous ne nous arrêterons qu'à une question qui concerne le droit civil.

111. Le payement peut-il se faire au domicile élu? On enseigne généralement la négative, et avec raison, croyons-nous. En effet, pourquoi les contractants élisent-ils domicile? Pour le cas où l'exécution de l'acte donnerait lieu à des difficultés, donc pour le cas où il y a lieu à des significations et à des poursuites en justice, c'est-à-dire quand, à défaut d'exécution volontaire, le créancier poursuit l'exécution forcée de son droit. Dès lors, le domicile élu n'a rien de commun avec le payement, car le payement est la prestation volontaire de ce qui fait l'objet de l'obligation. Les principes qui régissent le payement conduisent à la même décision. Aux termes de l'article 1239, le payement *doit* être fait au créancier, ou à quelqu'un ayant *pouvoir* de lui. La question est donc de savoir si la personne chez laquelle le domicile est élu, a par cela seul *pouvoir* de recevoir le payement. Or, cela n'est pas. L'élection de domicile donne à cette personne mandat de recevoir les exploits, mais non de recevoir un payement. Cela décide la question. On pourrait objecter l'article 1258, n° 6, qui autorise le débiteur à faire des offres réelles au domicile élu, quand il n'existe pas de convention spéciale sur le lieu du payement : or, les offres réelles tiennent lieu de payement; d'où il semble résulter que le débiteur peut payer au domicile élu. A vrai dire, l'article 1258 est plutôt contraire à cette doctrine; en effet, la première condition qu'il établit pour la validité des offres réelles, c'est qu'elles soient faites au créancier ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui. Ce qui nous ramène à notre point de départ : le mandat de recevoir des exploits donne-t-il pouvoir de toucher le montant de la créance? Ce n'est pas l'article 1258 qui décide cette question; il faut la décider d'après les principes sur le mandat. A ce point de vue, il ne peut pas y avoir de doute. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord (1).

(1) Richelot, *Principes du droit civil français*, t. Ier, p. 368, n° 281. Arrêt

112. Du principe que l'élection de domicile est un contrat, faut-il conclure qu'elle est irrévocable? L'article 1134 décide que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et qu'elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. On doit appliquer ce principe à l'élection de domicile, mais avec des réserves. L'article 1134 suppose, ce qui est la règle générale, que les conventions sont faites dans l'intérêt des deux parties contractantes. Si le domicile a été élu dans l'intérêt des deux parties, il est évident que la clause ne pourra être révoquée que de leur consentement mutuel. Mais le plus souvent le domicile est élu dans l'intérêt de l'une des parties; dans ce cas, il va sans dire qu'elle peut renoncer à un bénéfice qui n'est établi qu'en sa faveur. L'article 111 lui-même le suppose. Il dit que les significations *pourront* être faites au domicile convenu et devant le juge de ce domicile; ce qui implique qu'elles pourront aussi être faites au domicile réel; en d'autres termes, que celui au profit duquel le domicile d'élection a été stipulé peut y renoncer. En ce sens, l'élection de domicile est révocable. Ce qui résulte implicitement de l'article 111, est dit en termes formels par le code de procédure (article 59) : « En cas d'élection de domicile pour l'exécution d'un acte, l'assignation se fait devant le tribunal du domicile élu, ou devant le tribunal du domicile réel du défendeur. »

113. La cour de Paris a appliqué le principe de l'irrévocabilité du domicile aux rapports qui existent entre la personne qui a élu le domicile et celle chez laquelle il a été élu. C'est-à-dire qu'elle a décidé que le mandat que la partie intéressée donne au mandataire chez lequel elle a élu domicile est irrévocable. Cet arrêt a été cassé, et à juste titre, car l'erreur est évidente. La cour a confondu les rapports qui naissent de l'élection de domicile, d'une part, entre les parties qui stipulent l'élection de domicile, et, d'autre part, entre celui qui élit domicile et la personne

de la cour de cassation du 23 novembre 1830 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1830, 1, 405).

chez laquelle il est élu. Entre les parties qui figurent au contrat, l'élection de domicile est irrévocable, comme nous venons de le dire. Mais les rapports qui existent entre la personne qui élit un domicile et celle chez qui ce domicile est élu sont d'une tout autre nature; c'est un simple mandat, et tout mandat est révocable. Rien n'empêche donc que celui qui a élu domicile ne révoque le mandat qu'il a donné. Bien entendu qu'il sera tenu d'élire domicile au même lieu, chez une autre personne, et qu'il devra donner connaissance de ce changement à la partie dans l'intérêt de laquelle le domicile a été élu. Celle-ci, comme le remarque la cour de cassation, n'a pas le droit de se plaindre; il doit lui être fort indifférent de faire ses significations à telle personne ou à telle autre, pourvu que ce soit dans le lieu stipulé au contrat. Ce lieu est la seule chose qui l'intéresse; le choix de la personne regarde celui qui élit domicile; comme il est libre, dans le principe, de désigner telle personne qui lui convient, il est aussi libre de changer cette désignation. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point (1).

(1) Arrêt de la cour de cassation du 19 janvier 1814 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Domicile élu*, n° 78). Demolombe, t. Ier, p. 601, n° 372. Merlin, *Répertoire*, au mot *Domicile élu*, § 2, n° 11.

TITRE IV.

DES ABSENTS.

SOURCES : De Moly, conseiller à la cour de Toulouse, *Traité des Absents*. 1 vol. in-8°. Paris, 1822.
Talandier, conseiller, *Nouveau traité des Absents*. 1 vol. in-8°. Paris, 1833.
Plasman, vice-président du tribunal de première instance d'Orléans, *Code et traité des Absents*. 2 vol. in-8°. Paris, 1841.

114. La matière des absents est hérissée de difficultés. Nous laisserons de côté un grand nombre de questions traitées par les auteurs, en nous tenant aux principes généraux. Voici nos raisons. On a dit que l'absence forme une législation nouvelle, parce que dans les temps modernes le nombre des absents est allé en croissant, à raison de l'extension que prennent les relations internationales. Cela explique le silence que gardent les jurisconsultes romains sur une matière qui a éveillé toute la sollicitude du législateur français. Est-ce à dire que l'intérêt que présente l'absence aille aussi en augmentant? Non, et pour se convaincre du contraire, l'on n'a qu'à ouvrir un recueil de jurisprudence. Le nombre des arrêts va en diminuant ; il y a des années entières où l'on ne trouve pas une seule décision sur le titre des Absents. Cela s'explique facile-

ment. C'est la Révolution, ce sont les guerres de la République et de l'Empire qui déplacèrent des milliers de Français, dont la plupart trouvèrent la mort à l'étranger, sans que leur décès pût être légalement constaté. Cette cause passagère et ses effets ont cessé avec la paix.

Il y a plus. Si le progrès des relations internationales augmente le nombre de ceux qui voyagent dans un but commercial, industriel, scientifique, ou même de pur agrément, il n'est pas exact de dire que le nombre des absents augmente dans la même proportion. L'absence est l'incertitude qui règne sur la vie ou la mort de ceux qui ont quitté leur domicile sans donner de leurs nouvelles. Cette incertitude, loin de devenir plus grande avec la civilisation qui mêle les peuples et les individus, tend à diminuer. En effet, elle tient à un vice d'organisation. Est-ce que dans un seul et même pays, quelque vaste qu'il soit, l'incertitude sur l'existence des hommes augmente, depuis qu'ils se déplacent avec la facilité merveilleuse qu'offrent les voies de communication? Non, certes. Eh bien, pourquoi en serait-il autrement à l'étranger? A mesure que l'administration se perfectionnera, l'incertitude sur le sort des voyageurs se dissipera. Il sera un jour aussi facile d'obtenir la preuve du décès d'un Français dans l'Australie, qu'il l'est aujourd'hui de prouver sa mort dans l'une ou l'autre partie de l'Europe. Par suite, le nombre des absents doit diminuer. Nous n'osons pas espérer que les boucheries humaines, que les historiens célèbrent sous le nom de batailles, cessent de sitôt; il est cependant certain que l'esprit pacifique prend tous les jours des forces nouvelles. Et alors même que le sang continuerait à couler, les victimes ne passeront plus pour des absents, parce que l'on parviendra à prouver légalement le décès de ceux qui périssent dans ces terribles conflits. Voilà pourquoi le nombre des absents ira toujours en diminuant. Et voilà aussi pourquoi la législation sur l'absence recevra des applications de moins en moins fréquentes. Dès maintenant, la plupart des questions que les auteurs agitent sont de pure doctrine; elles ne se présentent pas dans la vie réelle. Nous aimons la théorie, mais à condition qu'elle

ait ses racines dans la réalité. Le droit ne doit pas être une scolastique, car le droit est une face de la vie. Les relations de la vie civile présentent assez de difficultés réelles, pour que l'on puisse se passer de celles qui ne se rencontrent que dans le domaine de l'imagination.

115. Nous avons sur les absents une législation générale et des lois spéciales. Les règles de droit commun se trouvent dans le titre IV du code Napoléon. Il y a en outre des règles qui ne s'appliquent qu'aux militaires absents. Ces dernières, étant de leur nature exceptionnelles, n'entrent pas dans le cadre de nos *Principes*. Nous nous bornerons à citer les lois et les auteurs qui les commentent :

Loi du 11 ventôse an II;

Loi du 16 fructidor an II;

Loi du 6 brumaire an V.

En France, il y a de plus les lois du 21 décembre 1814 et du 13 janvier 1817.

On trouve le texte de ces lois, la jurisprudence et le résumé de la doctrine dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Absents*, chapitre VII (tome Ier, p. 140). Comparez Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 461-487; Plasman, *Code des Absents*, t. II, p. 111 et suiv., 175 et suiv.; Talandier, *Nouveau traité des Absents*, p. 336 et suiv; De Moly, *Traité des Absents*, p. 465 et suiv.

CHAPITRE PREMIER.

PRINCIPES GÉNÉRAUX.

116. Le mot *absent* a un sens technique en droit. Dans le langage ordinaire, on dit qu'une personne est absente quand elle est éloignée de sa demeure, de sa résidence ordinaire. C'est la définition que donne le Dictionnaire de l'Académie. Dans cette acception, l'absence n'implique pas la moindre incertitude sur la vie de celui qui ne se trouve pas

dans le lieu où il réside habituellement. Il en est de même de ceux qui sont *absents* en ce sens qu'ils ne sont pas là où ils devraient être. Le code Napoléon les appelle des *non présents*. Ainsi aux termes de l'article 819, si tous les héritiers *ne sont pas présents* quand une succession s'ouvrent, les scellés doivent être apposés. Le partage, en ce cas, se fait selon les règles que la loi prescrit, dans l'intérêt des *non présents* (art. 840). Quoique les héritiers ne soient pas présents, aucun doute ne s'élève sur leur existence. Il n'en est pas ainsi des absents dont traite le titre IV. Ils ont disparu de leur domicile ou de leur résidence, sans donner de leurs nouvelles, ce qui fait qu'il y a incertitude sur leur vie ou leur mort, et l'incertitude va en croissant, à mesure que cet état de choses se prolonge.

117. Pourquoi la loi s'occupe-t-elle des absents? Il importe d'entendre sur ce point les auteurs mêmes du code civil. Portalis répond que c'est l'humanité qui excite la sollicitude du législateur. Plus que jamais, dit-il, dans les temps modernes, l'absence doit appeler l'attention et la viligance des lois; car aujourd'hui l'industrie, le commerce, l'amour des découvertes, la culture des arts et des sciences déplacent perpétuellement les hommes. On doit une protection spéciale à ceux qui se livrent à des voyages de long cours et à des entreprises périlleuses, pour rapporter ensuite dans leur patrie des richesses et des connaissances qu'ils ont acquises avec de grands efforts et au péril de leur vie (1). D'après Portalis, ce serait donc l'intérêt des absents qui aurait engagé le législateur à intervenir. Bigot-Préameneu, en exposant les motifs du titre de l'Absence, s'exprime dans le même sens. « Le titre *des Absents*, dit-il, offre les exemples les plus frappants de cette admirable surveillance de la loi, qui semble suivre pas à pas chaque individu pour le protéger aussitôt qu'il se trouve dans l'impuissance de défendre sa personne ou d'administrer ses biens. Cette impuissance peut résulter de l'âge ou du défaut de raison et la loi y pourvoit par les

(1) Portalis, Exposé général du système du code civil, fait dans la séance du Corps législatif du 3 frimaire an X (Locré, t. Ier, p. 192, n° 16).



tutellés. Elle peut venir aussi de ce que l'individu absent n'est plus à portée de veiller à ses intérêts (1). »

Les auteurs du code assimilent donc l'absent au mineur et à l'interdit, c'est-à-dire aux personnes incapables. Il y a, en effet, quelque analogie entre les absents et les incapables. Celui qui ne se trouve pas au lieu où est le siége de ses affaires, et que des circonstances imprévues, exceptionnelles empêchent même de donner de ses nouvelles, est dans l'impossibilité absolue d'administrer ses biens, de même que l'enfant qui vient de naître, de même que le majeur qui est frappé d'aliénation mentale. Il est donc juste que la loi veille aux intérêts des absents, comme elle veille aux intérêts des mineurs et des interdits. Cependant il y a une différence, et elle est considérable. L'orateur du Tribunat l'a signalée. « Il ne faut pas, dit-il, comparer les absents aux mineurs, c'est la faiblesse de leur âge, c'est la nature elle-même qui a mis ceux-ci dans l'impuissance d'agir et de défendre leurs droits; et contre ces obstacles ils ne peuvent prendre des précautions. L'absence, au contraire, étant généralement volontaire, les absents méritent moins de faveur que les premiers (2). » Voilà pourquoi la prescription ne court pas contre les mineurs, tandis qu'elle court contre les absents.

Il y a d'autres différences entre les absents et les mineurs. Quand la loi organise les tutelles, elle se préoccupe exclusivement des mineurs et de leurs intérêts. A entendre les orateurs du gouvernement, il en serait de même des mesures que la loi prescrit en cas d'absence. Cela n'est pas exact. Il y a d'abord un intérêt social qui est évident, puisque les absents ont des biens, et que la société doit veiller à ce que les richesses, produit du travail, ne se perdent pas faute de soins et de surveillance. Il y a ensuite l'intérêt des tiers, qui est tout aussi évident: tels sont les créanciers, les associés. Il y a enfin l'intérêt des héritiers présomptifs, que la loi prend en considération, car elle leur donne le droit de demander l'envoi

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 251, n° 1.
(2) Discours de Huguet dans la séance du Corps législatif du 24 ventôse an XI (Locré, t. II, p. 274, n° 24).

en possession des biens de l'absent. Chose remarquable, c'est l'intérêt des héritiers qui joue le grand rôle dans la doctrine ; c'est cet intérêt qui a fait naître les questions les plus difficiles, tandis que dans la pensée du législateur, telle que les discours des orateurs l'expliquent, il ne s'agit pas des héritiers de l'absent; on ne parle pas d'eux quand il s'agit de justifier l'intervention du législateur en matière d'absence. Cela nous révèle déjà l'esprit de la loi, dont, à notre avis, les auteurs se sont singulièrement écartés : l'intérêt de l'absent est l'intérêt dominant dans la théorie de l'absence.

118. Il y a une première conséquence à tirer de cette notion de l'absence, c'est que le titre du code sur les *absents* ne s'applique pas aux *non présents*. Cela a été dit et répété au conseil d'Etat (1). Cela est d'ailleurs de toute évidence. Si la loi prescrit des mesures en faveur des *absents*, c'est qu'ils sont, en un certain sens, des incapables; en fait, il faudrait dire plus: le plus souvent ils sont morts. Il y a donc impossibilité absolue à ce que les *absents* dirigent l'administration de leurs biens. Il n'en est pas de même des *non présents*; ils vivent, ils savent qu'ils ont des intérêts à sauvegarder; c'est à eux à y veiller. La société n'a aucune raison d'intervenir, quand même ils négligeraient le soin de leurs affaires. En effet, la société n'a pas qualité pour agir, par cela seul que les individus ne le font pas ou le font mal. C'est leur droit d'être négligents, en ce sens que le propriétaire est libre, il peut user et abuser; il peut, si cela lui convient, ne pas user, ou mal user des dons de la fortune ou des produits de son travail. La société porterait atteinte à la liberté, si elle s'immisçait dans les affaires des particuliers. Aussi la loi ne le fait-elle que dans de rares exceptions. Nous avons déjà cité le cas où une succession s'ouvre et qu'un *non présent* y est intéressé; l'intérêt des cohéritiers exige, en ce cas, autant que celui de l'héritier qui n'est point sur les lieux, que le partage puisse se faire, et que par conséquent la loi

(1) Voyez les témoignages recueillis par Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 33. C'est un article très-bien fait.

prenne des mesures dans l'intérêt des non présents. Il y en a un autre exemple dans la loi du 28 septembre 1791, qui porte (section V, titre Ier, art. 1er) : « La municipalité pourvoira à faire serrer la récolte d'un cultivateur absent, infirme ou accidentellement hors d'état de le faire lui-même et qui réclamera ce secours; elle aura soin que cet acte de fraternité et de protection de la loi soit exécuté aux moindres frais. » L'exception confirme la règle. Si la loi intervient pour faire serrer la récolte d'un non présent, ou pour arriver au partage d'une succession, cela peut se faire sans que personne pénètre dans la vie intime, dans les secrets de famille; tandis que cela est inévitable quand la société gère elle-même toutes les affaires d'une personne qui néglige le soin de ses intérêts. Aussi verrons-nous que la loi n'intervient, alors même qu'il y a absence proprement dite, que lorsqu'il y a absolue nécessité.

119. Quelles sont les mesures que la loi prescrit en cas d'absence? Elles varient d'après la durée de l'absence. La loi distingue trois périodes : la présomption d'absence, la déclaration d'absence suivie de l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent, et l'envoi en possession définitif.

La présomption d'absence commence avec la disparition de l'absent ou ses dernières nouvelles, et elle dure jusqu'à la déclaration d'absence. Comme celle-ci ne peut avoir lieu qu'après cinq ou onze ans, selon que l'absent a laissé ou n'a point laissé de procuration, il en résulte que la première période dure au moins cinq ou onze ans. Elle est bien caractérisée par l'expression de *présomption d'absence*. Il n'y a pas encore d'absence; la personne qui a disparu et qui ne donne pas de ses nouvelles, est seulement *présumée absente*. Cela veut dire, comme l'explique Bigot-Préameneu, qu'il n'y a pas lieu, en général, à prendre des mesures pour l'administration de ses biens. « Il n'est pas censé, dit-il, que la personne éloignée soit en souffrance pour ses affaires. » Qu'y a-t-il donc à faire dans cette première période? S'abstenir, à moins qu'il n'y ait nécessité d'agir. Qui jugera s'il y a nécessité? Les tri-

bunaux. Il faut qu'ils y apportent la plus grande prudence, ajoute l'orateur du gouvernement. Le domicile des citoyens est un asile sacré; malgré leur caractère respectable et la confiance qu'ils méritent, les magistrats n'y doivent pénétrer qu'avec une réserve extrême, et dans le seul but de protéger l'absent. Il s'agit de le garantir des inconvénients de son absence; il faut donc se garder de le troubler indiscrètement dans l'exercice de ses droits. C'est dire que pendant la période de la présomption d'absence, la loi se préoccupe exclusivement de l'intérêt de l'absent (1).

120. Quand cinq ou onze ans se sont écoulés depuis la disparition ou les dernières nouvelles d'une personne, son absence peut être déclarée. Cette seconde période dure trente ans à partir du jugement qui a déclaré l'absence; elle peut finir avant ce terme, s'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent. Après la déclaration d'absence, les héritiers présomptifs de l'absent sont envoyés en possession provisoire de ses biens. Il importe de déterminer d'une manière précise le caractère et le but de cet envoi. La loi se sert d'une expression très-significative pour le définir : « Ce n'est qu'un dépôt, » dit-elle. Or, le dépôt se fait dans l'intérêt du déposant. C'est donc dans l'intérêt de l'absent que la loi organise l'envoi provisoire. Nous allons entendre les auteurs du code; ils confirmeront ce que dit le texte. Bigot-Préameneu, après avoir constaté que les biens de l'absent auront été abandonnés pendant cinq ans, avant que les héritiers puissent être envoyés en possession, ajoute que cet envoi « n'est qu'un acte de conservation fondé sur une nécessité constante, et pour l'absent lui-même, un acte de protection qui garantit son patrimoine d'une perte qui devenait inévitable (2). »

Comme ce sont les héritiers présomptifs que la loi envoie en possession provisoire, il semble que c'est surtout leur intérêt que le législateur a en vue dans cette

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs (Locré, t. II, p. 252, n° 3, et p. 251, n° 2).
(2) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 254, n° 18.

seconde période. On pourrait dire que le décès de l'absent devenant tous les jours plus probable, la loi a dû tenir compte des droits éventuels qui appartiennent aux héritiers de l'absent, et que c'est à ce titre qu'elle les envoie en possession de ses biens. La probabilité de la mort et les droits auxquels elle donne ouverture sont en effet pris en considération par le législateur; mais les déclarations très-positives des auteurs du code civil attestent que si les héritiers sont envoyés en possession, cela se fait dans l'intérêt de l'absent plutôt que dans celui des envoyés. Au conseil d'Etat, Tronchet dit « qu'il est utile à l'absent que le séquestre de ses biens soit déféré à ceux qui ont le plus d'intérêt à les conserver; c'est pourquoi, après un certain temps, on accorde l'envoi en possession à ses héritiers (1). » C'est aussi en ce sens que Bigot-Préameneu explique l'envoi provisoire. On avait à décider, dit-il, entre les mains de qui les biens devaient être remis. Comme il y a incertitude de la vie, le droit des héritiers, sans cesser d'être éventuel, devient plus probable; et puisque les biens doivent passer en d'autres mains que celles du propriétaire, les héritiers se présentent avec un titre naturel de préférence. Personne ne peut avoir plus d'intérêt à la *conservation* et à la *bonne administration* de ces biens que ceux qui en *profiteront* si l'absent ne revient pas (2).

Cela est très-clair; il ne s'agit encore que de *conserver* les biens de l'absent et de les administrer. La loi est à la recherche des meilleurs administrateurs, elle donne la préférence aux héritiers sur les étrangers; non pas qu'elle leur attribue dès maintenant les biens de l'absent, mais ils sont appelés à en profiter si l'absent ne revient pas; ils ont donc intérêt à les bien gérer. Toutefois la loi ne se contente pas de cette garantie. L'orateur du gouvernement dit qu'elle prend contre les héritiers envoyés en possession les mêmes précautions que contre un étranger; qu'elle exige les mêmes formalités que pour les séquestres

(1) Séance du conseil d'Etat du 16 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 215, n° 18).
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs (Locré, t. II, p. 255, n° 20).

ordinaires, inventaire, vente des meubles, emploi des deniers, caution (1).

Au premier abord, cette théorie semble contredite par la disposition du code qui accorde aux héritiers envoyés en possession une part notable des fruits, les quatre cinquièmes ou les neuf dixièmes, selon la durée de l'absence. Accorde-t-on une pareille indemnité à de simples administrateurs? Et pourquoi l'indemnité va-t-elle en augmentant, à mesure que l'absence se prolonge? N'est-ce pas parce que les envoyés sont considérés comme héritiers plutôt que comme administrateurs? N'est-ce donc pas reconnaître leur droit sur la succession de l'absent, droit qui devient tous les jours plus probable? Cette interprétation paraît très-plausible, néanmoins ce n'est pas là la théorie des auteurs du code civil. Ecoutons Portalis : « *Toute la faveur doit être pour l'absent;* ses héritiers n'en peuvent avoir que *dans la considération de son intérêt.* » Telle est la raison pour laquelle la loi accorde aux héritiers une partie notable des fruits. « Comme on mène les hommes par leur intérêt, continue Portalis, il convient de donner aux héritiers de l'absent quelques avantages qui les déterminent à se rendre administrateurs de ses biens (2). » On craignait que les héritiers ne refusassent de se charger de l'administration, si l'on n'y attachait pas un avantage considérable. Si cet avantage va en augmentant, c'est en partie parce que l'existence de l'absent devient chaque année plus incertaine; Bigot-Préameneu le dit, mais il ajoute d'autres raisons, ce qui prouve que ce n'est pas là le motif déterminant : l'orateur parle de l'accroissement du dépôt, de la continuité des soins, même des malheurs que les héritiers peuvent éprouver (3).

Il y a une considération qui est décisive contre les héritiers, en ce sens qu'elle prouve à l'évidence que la loi ne leur reconnaît aucun droit pendant la seconde période de l'absence : c'est qu'elle leur préfère l'époux présent, com-

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 256, n° 21.
(2) Séance du conseil d'Etat du 24 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 227, n° 27).
(3) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs (Locré, t. II, p. 258, n° 28).

mun en biens. S'il opte pour la continuation de la communauté, les héritiers ne sont pas envoyés en possession. Evidemment si, dans la pensée du législateur, les héritiers avaient un droit comme tels, après la déclaration d'absence, le conjoint ne pourrait pas en empêcher l'exercice. Si la loi lui donne cette faculté, c'est qu'en réalité elle ne reconnaît aucun droit aux héritiers. Thibaudeau l'a dit en termes formels au conseil d'Etat : « *Les héritiers n'ont*, dans ce cas, *aucun droit personnel*; ils ne jouissent encore que pour l'absent, ils entrent provisoirement dans ses droits, ils sont tenus de ses obligations (1). » Voilà pourquoi la loi donne la préférence au conjoint; il a pour lui un contrat synallagmatique, dit Bigot-Préameneu, tandis que les héritiers n'ont qu'un droit *précaire* et provisoire (2). L'époux qui continue la communauté jouit aussi des fruits, et son droit va également en augmentant comme celui des héritiers. Cela prouve que la jouissance des fruits n'est pas fondée sur le droit de ceux qui les perçoivent, car le droit du conjoint, loin de devenir plus probable à mesure que l'absence augmente, le devient tous les jours moins.

191. A vrai dire, le droit des héritiers sur les biens de l'absent ne s'ouvre que dans la troisième période de l'absence; c'est alors qu'ils sont envoyés en possession, sans que cet envoi puisse être empêché par le conjoint présent, et cet envoi est *définitif*. Il est définitif en ce sens que l'état *précaire* de la deuxième période fait place à des mesures qui ont pour fondement le droit des héritiers présomptifs. Leur sort est fixé, dit Bigot-Préameneu, parce que toutes les probabilités, après trente-cinq ans au moins d'absence, sont pour le décès de l'absent. L'intérêt public demande que ses biens rentrent dans le commerce; il faut donc que les envoyés soient considérés comme propriétaires à l'égard des tiers, et qu'ils puissent aliéner les biens de l'absent. Toutefois, même dans cette dernière période, il ne serait pas exact de dire que la succession de l'absent est ouverte. En effet, la succession ne s'ouvre

(1) Séance du 24 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 228, n° 32).
(2) Bigot Préameneu, Exposé des motifs (Locré, t. II, p. 256, n° 23).

que par la mort, et l'absence, quelque longue qu'elle soit, n'est qu'une probabilité de mort. Pour que la probabilité devînt une certitude, il faudrait que la loi en fît une présomption de mort. Or, la loi ne présume jamais la mort; il n'y a donc pas ouverture de succession, il y a simple envoi en possession, comme la loi s'exprime, et si cet envoi est définitif à l'égard des tiers, il ne l'est pas à l'égard de l'absent; si celui-ci revient, toutes les mesures prises à raison de son absence, quoique qualifiées de définitives, viennent à tomber.

122. Nous posons en principe qu'il n'y a jamais présomption de mort, et que partant les envoyés en possession n'ont jamais les droits des héritiers. Ce point est cependant très-controversé, et il faut nous y arrêter, car toute la théorie de l'absence est en cause dans ce débat. Proudhon enseigne qu'à partir de la déclaration d'absence, il y a présomption de mort. L'absent est présumé mort, dit-il, parce que la loi ouvre sa succession à ses héritiers, et il n'y a pas de succession d'un homme vivant. Il est présumé mort, puisqu'on met à exécution les dispositions testamentaires, qu'il a voulu lui-même n'avoir d'effet qu'après son décès. Il est présumé mort, puisque la loi veut que tous ceux qui ont sur ses biens des droits subordonnés à la condition de son décès, puissent les exercer. Il est présumé mort, puisque la loi ne permet plus de le mettre personnellement en cause devant les tribunaux, toutes les actions devant être intentées contre les envoyés (1). Cette doctrine est suivie par Delvincourt et Duranton (2), et elle a été consacrée par un arrêt fortement motivé de la cour de Nancy (3).

Toutefois l'opinion de Proudhon est généralement rejetée, et dans la forme absolue qu'il lui donne, elle est inadmissible. Il suffit de se rappeler ce que c'est qu'une présomption légale; c'est, dit l'article 1349, une conséquence que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu.

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 277 et suiv.
(2) Delvincourt, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 50 et note 7 (édition de 1834). Duranton, t. Ier, nos 408 et 434.
(3) Arrêt du 31 janvier 1833 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents* n° 639).

Où est la loi qui déclare que l'absent est présumé mort? Dans l'ancien droit, on présumait l'absent mort quand cent ans s'étaient écoulés depuis sa naissance; on se fondait sur les probabilités qui régissent la durée de la vie humaine. Mais le code ne reproduit pas cette présomption, et avec raison. Proudhon lui-même avoue que la présomption de mort n'est que provisoire; or, conçoit-on qu'une personne soit présumée morte provisoirement? Comment l'absurdité d'une mort provisoire n'a-t-elle pas frappé un esprit aussi logique que Proudhon? S'il y a un état définitif, c'est bien la mort, et s'il y a une idée inconciliable avec la mort, c'est le provisoire.

Les textes que Proudhon allègue s'expliquent par la probabilité de mort qui est évidente, et qui va croissant avec la durée de l'absence. Si la loi envoie les héritiers en possession, ce n'est pas parce qu'elle présume la mort de l'absent, c'est, au contraire, dans son intérêt qu'elle organise l'envoi provisoire; elle déclare que ce n'est qu'un dépôt; là où il y a un dépositaire, il y a aussi un déposant, et qui serait-ce, sinon l'absent? Les envoyés ne sont qu'administrateurs; ils régissent donc des biens qui ne leur appartiennent pas; qui en est propriétaire, sinon l'absent? La loi veut que les envoyés fassent inventaires qu'ils donnent caution; est-ce qu'elle prescrirait toutes ces garanties au profit d'une personne présumée morte? Quoi! l'absent serait présumé mort, et s'il est marié, le conjoint présent peut continuer la communauté; peut-on être en société avec un individu présumé mort? Il n'y a pas même de présomption de mort après l'envoi définitif. Si l'absent était présumé mort, le conjoint présent pourrait se remarier, et il ne le peut jamais. S'il y avait présomption de mort, il y aurait ouverture de succession, tandis que la loi n'organise qu'un envoi en possession.

Quel est donc le principe de la loi? Les auteurs du code vont nous le dire. Lors de la discussion, la présomption de mort eut ses partisans. Tronchet déclara tout crûment qu'il était ridicule de déclarer l'absent mort et qu'il était tout aussi bizarre de le faire ensuite revivre. Quelle est la réalité des choses? L'absent, répond Tronchet, n'est ni

mort ni vivant aux yeux de la loi (1). C'est le doute qui règne, après la déclaration d'absence, dit Emmery. Cela paraît singulier, ajoute Boulay; mais ce principe est le produit de la sagesse des siècles, et on n'est pas encore parvenu à en trouver un meilleur (2). Il faut dire plus; ce principe est l'expression exacte de la réalité des choses. Qui sait si l'absent vit ou s'il est mort? Vainement dira-t-on que toutes les probabilités sont pour son décès. Les faits peuvent donner un démenti à toutes ces probabilités. Que reste-t-il donc? L'incertitude. C'est ce que l'orateur du gouvernement établit très-bien dans son Exposé des motifs : « Lorsqu'un long temps ne s'est pas encore écoulé depuis qu'un individu s'est éloigné de son domicile, la présomption de mort ne peut résulter de cette absence; il doit être regardé comme vivant. Mais si, pendant un certain nombre d'années, on n'a point de ses nouvelles, on considère alors que les rapports de famille, d'amitié, d'affaires sont tellement dans le cœur et dans les habitudes des hommes, que leur interruption absolue doit avoir des causes extraordinaires, causes parmi lesquelles se place le tribut même payé à la nature. Alors s'élèvent deux présomptions contraires : l'une de la mort, par le défaut de nouvelles; l'autre de la vie, par son cours ordinaire. La conséquence juste des deux présomptions contraires est l'*état d'incertitude.* » Bigot-Préameneu établit ensuite que cette incertitude subsiste pendant toute l'absence; que les mesures que la loi prescrit sont toujours calculées d'après les différents degrés d'incertitude, jamais exclusivement sur la présomption de vie ou de mort (3).

123. Ce que nous venons de dire ne répond pas encore aux difficultés de la question. Il est évident qu'il n'y a pas de présomption légale de mort, et il est tout aussi certain que ce qui caractérise l'absence, c'est le doute sur la vie et la mort de l'absent. L'incertitude augmente tous les jours, non dans le sens de la vie, mais dans

(1) Séance du conseil d'Etat du 16 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 215, n° 18).
(2) Même séance (Locré, t. II, p. 226, n° 27, et p. 229, n° 33).
(3) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 251, n° 5.

le sens de la mort. Voilà pourquoi les mesures que la loi prescrit changent de nature avec la durée de l'absence. La loi commence par veiller exclusivement aux intérêts de l'absent; puis elle songe aux héritiers présomptifs, elle les envoie en possession des biens; cet envoi, d'abord provisoire, finit par devenir définitif. C'est dire que la loi prend des mesures qui se rapprochent de plus en plus de celles qu'elle prescrit en cas de décès. Qu'importe que ce soit par une présomption de mort ou par une probabilité de mort? Dispute de mots qui n'empêche pas que les héritiers ne soient mis en possession des biens de l'absent; et qu'est-ce que cet envoi, sinon l'ouverture provisoire de sa succession? Cette opinion, vivement défendue par Marcadé (1), est à peu près celle de tous les auteurs, sauf de grands dissentiments dans les détails. Nous croyons qu'elle est contraire à l'esprit comme au texte du code civil. La question est capitale.

124. Quels sont les effets de l'envoi en possession provisoire? M. Demolombe répond : « Nous allons assister à *une sorte* d'ouverture provisoire de la succession de l'absent. Telle est en effet l'*image* que présente l'envoi en possession qui suit la déclaration d'absence. Des articles 120 et 123, résulte cette règle fondamentale, savoir : Tous les droits que le décès prouvé ouvrirait d'une manière définitive sur les biens qui appartenaient à l'absent lors de ses dernières nouvelles, l'absence déclarée les ouvre provisoirement. » Il ne peut pas y avoir de succession d'un homme vivant. Si la succession de l'absent s'ouvre, ne fût-ce que provisoirement, il faut qu'il y ait présomption de mort, en vertu de la déclaration d'absence. Ici reparaît la doctrine de Proudhon, que les auteurs repoussent en principe, et qu'ils appliquent néanmoins dans presque toutes ses conséquences. M. Demolombe dit formellement que la présomption de mort est la base de toutes les mesures que la loi prescrit après que l'absence a été déclarée. Cette présomption remonte au dernier signe de vie donné par l'absent, au jour de son départ ou de ses dernières

(1) Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil*, t. Ier, p. 298-301, n° 20.

nouvelles. C'est à ce moment qu'est réputée s'être ouverte la succession provisoire de l'absent (1). Dalloz, qui combat vivement la prétendue présomption de mort imaginée par Proudhon, abonde dans cette théorie d'une succession provisoire qui s'ouvre par suite de la déclaration d'absence. « On ignore, dit-il, si l'absent reviendra, ou si l'on apprendra la date précise de sa mort; mais provisoirement les héritiers présomptifs agissent entre eux ou peuvent agir comme si la succession s'était ouverte; en sorte que, dans leurs rapports respectifs, ils agissent comme de véritables héritiers (2). »

La jurisprudence a consacré cette opinion. On lit dans un arrêt de la cour de Turin que l'envoi provisoire, qu'il qualifie de *garde aux biens*, est un vrai *droit réel* (3). Les cours, comme les auteurs, se fondent sur la présomption de mort qui résulte de la déclaration d'absence. C'est par l'effet de cette présomption, dit la cour d'Angers, que la possession des biens est accordée aux héritiers présomptifs. Il est vrai que la loi dit que l'envoi provisoire n'est qu'un dépôt, mais, continue la cour, l'envoyé en possession ne peut être assimilé à un simple administrateur, puisqu'il jouit du droit de s'approprier une partie des fruits et du droit de transmettre à son héritier la possession dont il a été investi; s'il n'est qu'un dépositaire relativement à l'absent, il présente les qualités d'un propriétaire à l'égard des tiers (4).

125. Voilà le point de départ de la doctrine et de la jurisprudence. Que l'on remarque d'abord l'hésitation, le doute avec lesquels on s'exprime, quand il s'agit de transformer l'envoi provisoire en ouverture d'une succession. C'est une *sorte d'ouverture*, c'est une *image* de ce qui se passe après la mort d'une personne. Est-ce là le langage du droit? Est-ce qu'une science qui consiste essentiellement dans la précision et la netteté des idées, procède par

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 75, n° 71, et p. 88, n° 82.

(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 322.

(3) Arrêt du 5 mai 1810 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 234).

(4) Arrêt de la cour d'Angers du 28 août 1828 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 236).

des *en quelque sorte*, par des *images?* On n'ose pas affirmer qu'il y a succession ouverte. Que dis-je? après avoir dit que la déclaration d'absence est une présomption de mort et que les envoyés entre eux agissent comme de vrais héritiers, que le patrimoine de l'absent doit être considéré comme une hérédité ouverte au profit des héritiers présomptifs, on ajoute que cela n'est pas vrai d'une manière absolue et que la succession de l'absent n'est réellement pas ouverte ; on remarque, comme nous l'avons fait, que l'expression même de *possession provisoire* dont la loi se sert exclut toute idée d'hérédité (1).

Ainsi tout se réduit à une apparence! Mais comment une apparence de succession peut-elle engendrer un droit réel, c'est-à-dire ce qu'il y a de plus positif au monde? Comment les envoyés qui n'ont pour eux qu'une *image* d'hérédité peuvent-ils être propriétaires? Pour admettre de pareilles anomalies, il faudrait des textes bien formels. Et si nous ouvrons notre code, qu'y lisons-nous? Que *la possession provisoire n'est qu'un dépôt*, qui donnera à ceux qui l'obtiendront l'*administration des biens de l'absent* (article 125). Est-ce qu'un *dépositaire* peut jamais avoir un *droit réel*, lui qui n'est pas même possesseur? Est-ce qu'un *administrateur* peut être *propriétaire? Dépôt* et *droit réel*, *administration* et *propriété* sont des idées inalliables. On prétend qu'il faut distinguer les rapports des envoyés avec l'absent, leurs rapports entre eux et à l'égard des tiers. A l'égard de l'absent, ils ne sont que *dépositaires*, *administrateurs;* mais entre eux, ils sont héritiers, donc propriétaires, et ils possèdent aussi comme tels à l'égard des tiers. Nous répondons : Sans doute, le législateur aurait pu créer une position aussi incertaine, aussi douteuse; il l'a fait, en réalité, dans la troisième période de l'absence : les envoyés définitifs sont tout ensemble administrateurs à l'égard de l'absent et propriétaires à l'égard des tiers. Mais en est-il de même pendant l'envoi provisoire? Que l'on nous montre un texte qui reconnaisse aux envoyés cette double position. La loi pose un principe absolu en

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 266.

qualifiant l'envoi provisoire de dépôt et les envoyés d'administrateurs. Les envoyés ont nécessairement des rapports avec les tiers : quelle est la loi de ces rapports? Nous ne trouvons toujours qu'une seule réponse dans nos textes : les envoyés n'ont qu'une qualité, celle d'administrateurs. Leur reconnaître un *droit réel* et la qualité de propriétaire, c'est transporter dans l'envoi provisoire ce que la loi dit de l'envoi définitif; c'est donc changer la loi, c'est faire la loi. Est-ce là la mission de l'interprète?

126. Les envoyés, dit l'article 125, sont des dépositaires, des administrateurs. Qui dit dépôt, dit détention précaire, simple garde. Cette expression exclut toute idée d'un droit; le dépositaire n'a pas de droits, il n'a que des obligations. Et la jurisprudence décide qu'il a un *droit réel!* L'administrateur aussi a une charge, et non pas un droit à lui; quand il exerce des droits, c'est au nom de celui dont il gère le patrimoine, personnellement il n'en a aucun. Et la jurisprudence le déclare *propriétaire!* Mais, dit-on, il a un droit aux fruits que n'a point l'administrateur ordinaire, et il transmet ce droit à ses héritiers; ce qui prouve que l'envoi provisoire n'est pas un simple dépôt. Nous avons répondu d'avance à l'objection. Oui, il y a dans l'envoi provisoire un autre principe que celui du dépôt ou de l'administration. Ce sont des héritiers que la loi appelle à gérer un patrimoine qui probablement leur appartiendra, qui peut-être leur appartient déjà. Mais en résulte-t-il que, dans la théorie du code, ils soient considérés comme propriétaires tant que dure l'envoi provisoire? C'est certes à dessein que la loi s'est servie du terme de *dépôt*, expression qui n'est pas même exacte, mais qui marque avec une singulière énergie que les envoyés, quoique étant héritiers présomptifs, n'ont encore aucun droit.

On insiste sur le droit aux fruits que la loi reconnaît aux héritiers envoyés en possession, et on voit là une preuve certaine que la loi tient compte de leur qualité d'héritiers, c'est-à-dire de propriétaires. Telle n'est pas la pensée des auteurs du code. Nous avons cité leurs paroles

ils n'ont qu'une préoccupation, l'intérêt de l'absent; alors même qu'ils paraissent le dépouiller, en accordant les fruits aux héritiers, ils ont encore en vue l'absent dont ils cherchent à conserver le patrimoine, en intéressant les administrateurs à le bien gérer. Il est si vrai que le législateur n'entend reconnaître aucun droit aux héritiers, alors même qu'il leur donne les quatre cinquièmes ou les neuf dixièmes des fruits, qu'il permet au conjoint présent de paralyser ce prétendu droit en optant pour la continuation de la communauté. Ceci est une considération décisive et qui renverse de fond en comble le système adopté par la doctrine et par la jurisprudence. Quoi! l'absence déclarée est une présomption de mort, et par suite il y a ouverture provisoire de la succession de l'absent! Et voilà le conjoint qui, quoique n'étant pas héritier, met à néant cette présomption de mort, en continuant la société de biens contractée avec l'absent! Il empêche les héritiers de l'absent d'arriver à la prétendue succession ouverte à leur profit! C'est lui qui va jouir de ses biens, et cela pendant trente ans! Et l'on veut que les héritiers aient un *droit réel*, un *droit de propriété!* Conçoit-on un droit réel d'hérédité tenu en échec pendant une vie d'homme par un conjoint qui n'est pas héritier? Conçoit-on qu'un propriétaire soit empêché d'exercer son droit pendant trente années, et cela par un conjoint qui n'est pas appelé à succéder? Cela est inexplicable dans la doctrine qui est généralement admise, tandis que cela s'explique parfaitement si l'on s'en tient au texte et à l'esprit du code. Il n'y a pas de présomption de mort, donc pas d'ouverture de succession. De quoi s'agit-il? D'administrer le patrimoine de l'absent. La loi est à la recherche des meilleurs administrateurs. Elle donne la préférence aux héritiers sur des curateurs salariés, parce qu'elle suppose qu'ils mettront plus de soin à bien gérer un patrimoine qui doit devenir le leur. Mais il y a sur les lieux un conjoint ayant le même intérêt et une affection plus grande. La loi le préfère aux héritiers, parce qu'elle espère qu'il gérera mieux, l'administration n'étant pas morcelée. La préférence se comprend si l'envoi provisoire n'a pour but que d'administrer les

biens de l'absent : elle est inconcevable et injustifiable, si la déclaration d'absence donne ouverture aux droits des héritiers.

127. Notre conclusion est que les héritiers envoyés en possession provisoire n'ont ni *droit réel* ni *propriété*, qu'ils sont de simples administrateurs, entre eux et à l'égard des tiers, aussi bien qu'à l'égard de l'absent. Comme nous sommes en opposition avec la doctrine et la jurisprudence, il nous faut chercher une autorité plus grande que la nôtre pour légitimer notre opinion. En 1808, la régie de l'enregistrement réclama des droits de succession à un envoyé en possession provisoire. Le tribunal de Gand rejeta la demande; il se fonda sur l'article 125, aux termes duquel l'envoi provisoire n'est qu'un dépôt qui donne à ceux qui l'obtiennent l'administration des biens de l'absent, ce qui implique qu'il n'y a aucune transmission de biens ni de jouissance. Il y eut pourvoi en cassation. Le ministère public était occupé par Daniels, un de ces esprits judicieux qui honorent la magistrature française. Daniels se prononça contre la régie. Il invoqua aussi l'article 125; la loi qualifie l'envoi provisoire de *dépôt*, et comment en vertu d'un dépôt y aurait-il mutation de propriété ou de jouissance? Vainement objecte-t-on que d'après l'article 123, tous ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent sont admis à les exercer, ce qui suppose que la succession est ouverte. Daniels répond, et la réponse est décisive, que l'article 123 n'a pour objet que l'*administration*; que la loi en réglant la manière d'après laquelle les biens de l'absent seront *administrés*, accorde naturellement la préférence à ceux qui, en cas de décès, auraient le droit de réclamer les mêmes biens; mais qu'une administration, fût-elle privilégiée, n'entraîne aucune mutation. Est-ce à dire que l'absence paralysera toujours les droits du fisc? Non, car l'envoi provisoire fait place à l'envoi définitif, et alors les biens de l'absent sont partagés par ses héritiers, comme le dit l'article 129; par conséquent ce n'est que dans la troisième période de l'absence qu'il y a transmission de propriété : jusque-là, il n'y a qu'une simple administration

au profit de l'absent. La cour de cassation décida, conformément aux conclusions de Daniels, que l'envoi provisoire n'étant qu'un dépôt, n'opérait ni mutation de propriété, ni transmission de jouissance (1).

128. Le réquisitoire de Daniels contient en germe une tout autre doctrine que celle qui a prévalu et qui règne aujourd'hui dans la jurisprudence. Elle implique qu'il n'y a pas présomption de mort, pas d'ouverture de succession, pas de droit réel, pas de propriété, rien qu'une administration. Nous allons prendre appui sur l'autorité de Daniels pour repousser les conséquences que, dans l'opinion générale, on déduit d'un principe que nous croyons faux. La succession de l'absent étant provisoirement ouverte, on en conclut que les héritiers peuvent faire entre eux le partage des biens de l'absent, suivant les règles ordinaires des partages de succession (2). Comment concilie-t-on ce droit des envoyés en possession provisoire avec l'article 129 qui ajourne le partage à l'envoi définitif? Chaque interprète a son explication, comme cela arrive toujours quand on s'écarte du texte de la loi. L'un dit que l'article 129, en n'autorisant le partage qu'après l'envoi définitif, n'interdit pas pour cela la faculté qu'ont les héritiers présomptifs de faire entre eux un partage aussitôt qu'ils sont envoyés en possession provisoire, puisque ce partage ne nuit à personne. Que devient alors l'article 129? Un hors-d'œuvre; on l'efface réellement du code en donnant aux envoyés provisoires un droit que la loi n'a entendu accorder qu'aux envoyés définitifs. Pour conserver un sens à l'article 129, on a recours à des explications qui sont un vrai non-sens. La loi, dit-on, a eu en vue, dans l'article 129, le cas où l'envoi définitif serait prononcé sans qu'il y ait eu d'envoi provisoire; et l'article commence par dire : « Si l'absence a continué pendant trente ans *depuis l'envoi provisoire.* » Demante invoque l'article 815, aux termes duquel nul ne peut

(1) Arrêts du 16 janvier 1811 et du 14 février 1811 (Merlin, *Répertoire*, au mot *Succession*, sect. III).

(2) Demolombe, t. II, p. 132, nº 128. Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, nº 323.

être contraint à demeurer dans l'indivision forcée (1). Si les envoyés provisoires sont en état d'indivision, à plus forte raison les envoyés définitifs le sont-ils; à quoi bon alors l'article 129? Mais où est-il dit que les envoyés sont en indivision pendant l'envoi provisoire? Cela suppose l'ouverture de l'hérédité par suite d'une présomption de mort, cela suppose une transmission de propriété; pures suppositions qui n'ont aucune base dans les textes ni dans l'esprit de la loi. Que serait ce partage? Nous n'en connaissons que deux, un partage de propriété et un partage de jouissance. Les envoyés provisoires se partageront-ils la propriété? Daniels vient de nous dire qu'ils ne sont pas propriétaires, qu'il ne se fait aucune mutation. Se partageront-ils la jouissance? Daniels dit encore qu'il n'y a pas de transmission d'usufruit. S'il n'y a ni usufruit à partager ni jouissance, sur quoi donc portera le partage? Les envoyés peuvent convenir entre eux qu'ils diviseront l'administration des biens de l'absent; mais administrer séparément les biens, cela s'appelle-t-il faire un partage?

129. Les envoyés en possession sont-ils tenus au rapport? Celui qui ne connaîtrait que le texte du code et les discussions trouverait la question très-singulière. Les envoyés, dit la loi, sont des dépositaires, des administrateurs; c'est dans l'intérêt des absents qu'elle confie cette gestion aux héritiers. Est-ce que des dépositaires, des administrateurs peuvent être tenus d'une obligation qui suppose une hérédité ouverte, qui suppose des cohéritiers venant à une succession? Chose remarquable! L'auteur qui soutient avec le plus de décision que les envoyés doivent le rapport avoue que le texte est contraire à son opinion; en effet, l'envoi provisoire ne comprend que les biens qui appartenaient à l'absent; or, les biens donnés entre vifs ne lui appartenaient certes plus. Cet auteur avoue encore qu'il a contre lui l'esprit de la loi. Pourquoi envoie-t-on les héritiers en possession des biens de l'absent? Dans son intérêt, afin que son patrimoine soit bien administré par des héritiers intéressés à bien gérer. Est-ce

(1) Demante, *Cours analytique de code civil*, t. Ier, p. 259, n° 164 *bis*, III.

que les biens donnés entre vifs sont à l'abandon? Ils sont dans les mains des donataires; inutile donc de veiller à ce qu'ils soient administrés. Cela ne décide-t-il pas la question? Non, dit-on, l'équité demande qu'il y ait rapport, afin d'établir l'égalité entre tous les envoyés (1). L'équité! Ainsi, au nom de l'équité, on viole la loi! ou on la fait, et on la fait autre que le législateur n'a voulu la faire! M. Demolombe hésite, et il y a de quoi. Ce qui le décide, c'est que l'héritier donataire qui demande l'envoi reconnaît par là que l'absent est mort, qu'il y a du moins présomption de mort; dès lors il doit rapporter (2). Toujours la même supposition, nous allions dire le même cercle vicieux. On suppose qu'il y a présomption de mort; puis on bâtit sur cette supposition de nouvelles suppositions! Frêle édifice qui s'écroule avec sa base imaginaire!

130. Les envoyés provisoires sont des héritiers réservataires : peuvent-ils demander la réduction des donations faites par l'absent, si elles excèdent le disponible? Si l'on admet qu'il y a lieu à rapport, on doit admettre aussi qu'il y a lieu à réduction. Cependant les mêmes auteurs qui enseignent que les héritiers envoyés en possession sont tenus au rapport, leur refusent le droit de réduire les donations excessives. La contradiction nous paraît évidente. On dit que la déclaration d'absence fait naître une présomption de mort; que, par suite, il y a ouverture provisoire de la succession de l'absent. Eh bien, quand une succession s'ouvre au profit d'héritiers réservataires, leur droit n'est-il pas d'agir en réduction? Si l'absent avait tout donné, que deviendrait le droit d'hérédité des légitimaires, s'ils ne pouvaient pas réduire les donations? On invoque l'équité pour contraindre les héritiers au rapport. L'équité n'exige-t-elle pas, à plus forte raison, que les donataires remettent dans la succession les biens qui appartiennent aux réservataires? M. Demolombe avoue que toutes ces raisons militent en faveur des enfants; s'il leur refuse l'action en réduction, c'est que les donataires ne concou-

(1) Dalloz *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 333.
(2 Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 135-140, n° 132.

rent pas avec eux ; ils n'invoquent pas la présomption de mort, dit-il, donc on ne peut l'invoquer contre eux (1). Eh! qu'importe, si cette présomption de mort donne ouverture à la succession? qu'importe, si c'est l'équité qui décide en souveraine dans cette matière?

A notre avis, il ne peut être question ni de réduction, ni de rapport. Nous nions la présomption de mort, nous n'admettons pas que l'équité fasse loi. Et c'est l'équité, en définitive, qui est le seul principe que l'on puisse invoquer. Ceux qui font appel à l'équité oublient que le législateur l'a repoussée. Quand les héritiers sont en conflit avec l'époux commun en biens, l'équité n'exigerait-elle pas que la loi tînt compte des droits éventuels des héritiers? Cependant elle n'en fait rien. Et voyez les conséquences iniques qui en résultent! C'est que les donataires conserveront leurs libéralités, alors que, toutes les probabilités étant pour la mort de l'absent, les donations devraient être rapportées ou réduites. Ils jouiront encore pendant trente ans des biens qui, d'après toutes les probabilités, appartiennent aux héritiers. Au point de vue de l'équité, cela est inexplicable, injustifiable. N'est-ce pas une preuve évidente que l'équité doit être mise hors de cause? Pour mieux dire, l'hérédité n'étant pas ouverte, il n'y a lieu ni à rapport ni à réduction ; dès lors on ne peut pas se plaindre que l'équité soit blessée.

131. On prétend qu'il y a ouverture provisoire de la succession de l'absent après que l'absence a été déclarée, et que cette succession provisoire est l'*image* de la succession réelle. Si les envoyés sont des héritiers, ils doivent être tenus des dettes. On l'admet, et on enseigne que les dettes se divisent entre eux d'après leur part et portion héréditaire. Sur ce point, tous les auteurs sont d'accord. Mais grand est leur embarras quand il s'agit de déterminer de quelle manière les envoyés sont tenus des dettes. Sont-ils tenus *ultra vires?* Logiquement, il faudrait répondre que oui. En effet, s'ils sont héritiers légitimes, comme on le suppose, ils sont représentants de la personne de

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 152, n° 149.

l'absent, donc tenus *ultra vires*. Comment échapper à cette conséquence? On invoque de nouveau l'équité, et cette fée bienfaisante répond toujours à l'appel. Elle décide que les envoyés doivent être considérés comme héritiers bénéficiaires. Il est bien vrai que pour être héritier bénéficiaire, il faut accepter la succession sous bénéfice d'inventaire, et cette acceptation doit être solennelle. Mais l'équité ferme les yeux, elle ne voit pas le droit, elle déclare que les envoyés ayant fait inventaire, ils doivent être considérés comme héritiers bénéficiaires. Reste à savoir s'ils peuvent être poursuivis personnellement, ou seulement comme détenteurs des biens de l'absent. Ici les auteurs se divisent. Proudhon ne comprend pas que des héritiers ne soient point tenus personnellement. Il aurait dû être logique jusqu'au bout, et dire que les envoyés, étant héritiers, sont par cela même tenus *ultra vires*. L'équité ne se soucie pas plus de la logique que du droit. Donc, au nom de l'équité, on enseigne que les envoyés ne sont pas tenus personnellement (1).

Voilà le tissu de contradictions dans lequel on s'engage quand on s'écarte des textes pour faire une loi nouvelle au nom de l'équité. Si l'on s'en tient au code, la décision de ces inextricables difficultés est très-simple. Il n'y a pas de succession ouverte pendant l'envoi provisoire, donc pas d'héritiers, ni bénéficiaires, ni purs et simples. Il y a des envoyés en possession, que le législateur qualifie de dépositaires et d'administrateurs. Sont-ils tenus des dettes comme tels? La question peut à peine être posée. Sans doute que les envoyés doivent payer les dettes de l'absent, mais c'est en son nom, et il va sans dire que c'est jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils détiennent. Ainsi s'évanouissent toutes les questions que l'on soulève sur un prétendu bénéfice d'inventaire qui existerait sans acceptation bénéficiaire et sans que la loi en dise un mot. Quant à l'équité, nous ne l'écoutons pas; si elle a quelque chose à dire, nous la renvoyons au législateur, qui seul peut lui donner satisfaction.

(1) Demolombe, t. II, p. 142, n° 136. Dalloz, au mot *Absents*, n°s 335-339, et les auteurs qui y sont cités.

132. Nous ne continuons pas l'examen des difficultés sans nombre que la doctrine a suscitées, et dont la plupart proviennent de ce que les auteurs s'écartent des textes pour s'abandonner aux inspirations de l'équité. Si nous ne pouvons partager leur opinion, nous comprenons les sentiments qui les inspirent. C'est la puissance du fait qui l'emporte, en cette matière, sur la rigueur du droit. Le législateur se préoccupe surtout de l'absent, même pendant la seconde période de l'absence. Mais cet absent qui éveille toute sa sollicitude, existe-t-il encore? Il est plus que probable qu'il a cessé de vivre. C'est cependant dans son intérêt que la loi restreint dans des bornes si étroites les pouvoirs des envoyés en possession, c'est dans son intérêt qu'elle assimile l'envoi à un dépôt. En réalité, ces prétendus dépositaires sont presque toujours héritiers, ces administrateurs sont les vrais propriétaires. Pourquoi ne leur permettrait-on pas d'agir comme tels? Qu'importe qu'ils ne soient que des envoyés provisoires? De fait, leur possession est définitive et personne ne viendra jamais les inquiéter. Tels sont les faits, et sous leur influence, les interprètes ont transporté dans la deuxième période ce qui légalement ne peut se faire que dans la troisième. Cela prouve une chose, c'est que le législateur n'a peut-être pas tenu assez compte de la réalité des choses; c'est qu'il s'est trop préoccupé de l'absent et pas assez de ses héritiers. Mais toutes ces considérations sont à l'adresse du législateur; l'interprète ne doit pas se laisser entraîner sur ce terrain, sinon il risque de faire une loi nouvelle, au lieu de se borner à interpréter celle qui existe.

133. Les questions que nous venons d'agiter ne se présentent plus dans la troisième période. Si l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, tous les ayants droit peuvent demander le partage des biens de l'absent (art. 129). Néanmoins, même après l'envoi définitif, on ne peut pas dire que la succession de l'absent soit ouverte. Les auteurs qui enseignent que pendant la seconde période il y a une sorte d'ouverture de l'hérédité, avouent que cela n'est jamais vrai d'une manière absolue. Ce qui le prouve, c'est que d'après le projet de

code, les envoyés en possession définitive étaient considérés comme *propriétaires incommutables*. Ce système fut rejeté. Les envoyés définitifs ne sont propriétaires qu'à l'égard des tiers; ils ne le sont pas envers l'absent. Jamais celui-ci n'est présumé mort, et s'il revient, toutes les mesures, toutes les dispositions prises en vertu de l'envoi définitif tombent de plein droit. Cela confirme notre doctrine. C'est pour que les biens de l'absent rentrent dans le commerce que la loi remplace l'envoi provisoire par un envoi qu'elle qualifie de définitif, et qui ne l'est cependant pas d'une façon absolue. Pendant l'envoi provisoire, les biens de l'absent sont hors du commerce, placés sous séquestre. La loi les conserve au profit de l'absent; les envoyés provisoires ne sont que de simples administrateurs, et ils le sont à l'égard des tiers comme à l'égard de l'absent. C'est la doctrine qui a introduit dans la loi une distinction qui n'y est pas, en imaginant une ouverture de succession qui n'existe pas dans nos textes. Se plaçant en dehors de la loi et au-dessus de la loi, il lui est impossible de poser des principes certains. Aussi les auteurs se plaignent-ils que le système du code n'est pas bien conçu ni coordonné sur tous ses points (1). Ils ne savent pas comment qualifier la position des envoyés provisoires à l'égard des tiers : sont-ils administrateurs? sont-ils héritiers? On ne le sait (2). Les auteurs ne voient pas que ce sont eux qui ont créé ces incertitudes. Elles n'existent pas dans le code. En disant que le partage ne se fait qu'après l'envoi en possession définitif, la loi dit clairement que pendant l'envoi provisoire il n'y a pas d'hérédité ouverte, partant pas d'héritiers, rien qu'une administration, privilégiée à certains égards, mais limitée cependant comme toute administration.

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 164, n° 143.
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 334. Demolombe, t. II, p. 141, n° 135.

CHAPITRE II.

DE LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE.

§ Ier. *Quand y a-t-il présomption d'absence?*

124. Aux termes de l'article 112, le tribunal pourvoit à l'administration des biens laissés par les personnes *présumées absentes*, s'il y a nécessité, et sur la demande des parties intéressées. Il faut donc, pour que la justice intervienne, qu'il s'agisse d'une personne *présumée absente*. Mais quand peut-on dire d'un individu qu'il est *présumé absent?* Le code n'a pas de réponse à cette question. On pourrait croire, au premier abord, que l'article 115 y répond. Cette disposition permet de demander la déclaration d'absence lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, et que depuis quatre ans on n'en a pas de nouvelles. De là on pourrait conclure qu'une personne est présumée absente quand elle a cessé de paraître au lieu qu'elle habitait et qu'elle ne donne pas de ses nouvelles. Cela est vrai, en général, mais avec une restriction. Il ne faut pas croire que par cela seul qu'un individu a quitté son domicile sans donner de ses nouvelles, il est présumé absent. La loi ne dit pas cela, et c'est à dessein que le législateur n'a rien défini; pour mieux dire, il est impossible de donner une définition de l'absence présumée. Une personne quitte son domicile, on ignore où elle réside; dira-t-on qu'elle est présumée absente? Cela impliquerait qu'il y a incertitude sur sa vie, ce qui, certes, n'est pas. Cette personne peut avoir de bonnes raisons pour cacher sa résidence, et par conséquent pour ne pas donner de ses nouvelles. Pour qu'il y ait un commencement d'incertitude et de doute, il faut que l'individu qui a quitté sa résidence ait des raisons pour donner de ses

nouvelles et qu'il n'en donne pas. Il a une famille, femme et enfants, et il cesse de correspondre avec eux; il a des intérêts pressants qui exigeraient sa présence, ou un fondé de pouvoirs, et il laisse tout à l'abandon. Cela n'est pas dans l'ordre naturel des choses, et si l'on ne connaît aucune raison qui explique une conduite si étrange, on peut craindre pour la vie de cette personne, il y aura présomption d'absence (1).

135. Nous supposons qu'un individu soit présumé absent. Cela suffit-il pour que le tribunal intervienne dans l'administration de ses biens? Cette question soulève des intérêts d'une nature diverse et opposée. D'une part, on peut dire que l'absent ne désire pas que l'on s'immisce dans ses affaires. Ceci est plus qu'un intérêt, c'est un droit. Vainement dira-t-on que la loi doit veiller à ses biens, puisque lui-même ne le peut pas; on répond que c'est son affaire, qu'il peut à la rigueur laisser dépérir ses biens, si tel est son bon plaisir. C'est le point de vue du légiste. Au conseil d'État, Tronchet cita le vieux brocard : *jura vigilantibus scripta*. Rien de plus vrai et de plus juste lorsque la personne dont les intérêts sont en souffrance est à même de les soigner et qu'elle ne le fait pas. Mais, dit le premier consul, il s'agit d'une personne absente, on ignore si elle vit; comment donc s'en rapporter à sa vigilance? N'est-ce pas le cas pour la société de veiller pour celui qui ne le peut pas? Elle protége les mineurs et même les femmes mariées, à plus forte raison doit-elle sa protection à celui qui est dans l'impossibilité de gérer ses affaires; elle est la tutrice des absents comme elle l'est des orphelins (2). C'est le point de vue de l'homme d'Etat, et il a sa légitimité aussi bien que celui du juriste. Comment concilier des intérêts en apparence hostiles? Le législateur s'en est rapporté à la prudence des magistrats, en traçant cependant une limite à leur intervention : il faut qu'il y ait *nécessité* de pourvoir à l'administration des biens

(1) Duranton, t. Ier, p. 298 et suiv., nos 389-390. Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, no 31.

(2) Séance du conseil d'Etat du 24 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 222, nos 19 et 20).

laissés par la personne présumée absente. D'après cela, il faut dire que la présomption d'absence commence seulement quand il y a nécessité de pourvoir à l'administration des biens. Y eût-il incertitude sur la vie du présumé absent, y eût-il même probabilité de mort, à raison des circonstances, l'absence ne produira aucun effet aussi longtemps que la *nécessité* n'oblige pas le tribunal à intervenir.

Le code ajoute encore une restriction : il faut que la personne présumée absente n'ait pas laissé de procureur fondé. Si elle a donné mandat de gérer ses affaires, il n'y a plus nécesité d'intervenir et, par suite, l'absence présumée restera sans effet. Cette conséquence, qui résulte du texte, est aussi en harmonie avec l'esprit de la loi. Dans la première période de l'absence, la loi se préoccupe exclusivement des intérêts de l'absent; quand lui-même y a pourvu, il n'y a plus de raison pour la société d'intervenir. Or, dès qu'il n'y a plus d'intérêt social en cause, le droit de l'absent doit l'emporter ; et ce droit demande qu'on ne se mêle pas de ses affaires.

136, S'il y a nécessité, c'est le tribunal qui y statuera, dit l'article 112 ; mais la loi ne dit pas quel est le tribunal compétent. La difficulté fut prévue lors de la discussion, et résolue par le conseil d'Etat ; mais par négligence ou par oubli, la décision ne fut pas formulée dans le projet de code. De là des difficultés et des controverses. Est-ce le tribunal du domicile ou de la résidence qui doit pourvoir à l'administration des biens de l'absent? ou est-ce le tribunal du lieu où sont situés les biens? Au conseil d'Etat, on avait décidé que le tribunal du domicile déclarerait s'il y a présomption d'absence, et qu'après ce jugement, chaque tribunal réglerait l'administration des biens situés dans son ressort. Cela était logique. C'est au lieu de son domicile que l'absent est connu, c'est là qu'il a ses relations, c'est donc là que l'on saura les motifs de l'absence et du silence que garde l'absent. S'agit-il, au contraire, de prendre des mesures pour l'administration des biens, c'est certes le tribunal du lieu où les biens sont situés qui sera le plus compétent pour en apprécier la nécessité. Ce sys-

tème fut adopté (1); mais pouvons-nous le considérer comme loi, alors qu'il ne se trouve pas dans le code? Il est évident que non, car ce n'est pas le conseil d'Etat qui faisait la loi, c'est le Corps législatif. Puisqu'il n'y a pas de loi, il faut décider, nous semble-t-il, que le tribunal du domicile et les tribunaux de la situation des biens sont également compétents. Il pourra en résulter des jugements contradictoires, comme on l'a dit au conseil d'Etat; mais dans le silence de la loi, il est impossible de donner à un seul tribunal une compétence exclusive. On ne peut pas davantage exiger qu'il y ait un jugement préalable rendu par le tribunal du domicile et déclarant qu'il y a présomption d'absence, cela serait en opposition avec le texte de la loi; elle suppose un seul jugement qui, se fondant sur la présomption d'absence et sur la nécessité, prescrit les mesures qu'il juge nécessaires pour l'administration des biens de l'absent (2).

137. Le tribunal statue sur la demande des parties intéressées. Il faut une demande. Les tribunaux ne prennent jamais l'initiative, ils doivent être saisis. Mais qu'entend-on, dans l'article 112, par *parties intéressées?* Il va sans dire que ceux qui ont un intérêt né et actuel peuvent agir; c'est le droit commun. Tels sont les créanciers. Leur créance est-elle échue, ils peuvent en poursuivre l'exécution sur les biens de l'absent. Si elle n'est pas échue, ils peuvent agir en justice pour demander que le tribunal pourvoie à l'administration de ses biens; en effet, ces biens sont leur gage, et ils ont un intérêt né et actuel à ce qu'il soit conservé. Mais n'y a-t-il que ceux qui ont un intérêt né et actuel qui soient parties intéressées, dans le sens de l'article 112? La question est controversée. Il y a un motif de douter, c'est qu'il est de principe que celui qui n'a pas d'intérêt ne peut pas agir, et que cet intérêt doit être né et actuel. D'après cela, on décide que les héritiers présomptifs ne sont pas parties intéressées (3). Il nous semble que

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 frimaire an x (Locré, t. II, p. 233, n° 3).
(2) Voyez les auteurs cités dans Dalloz. *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 57.
(3) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 305, n° 396.

le principe général ne reçoit pas d'application en matière d'absence. Pourquoi le demandeur doit-il avoir un intérêt né et actuel? Parce qu'il demande quelque chose pour lui. Or, dans le cas de l'article 112, le demandeur ne demande rien pour lui, il fait connaître au tribunal la nécessité de pourvoir à l'administration des biens de l'absent. Tout intérêt, même un intérêt purement éventuel, doit suffire pour légitimer une action pareille. Ce qui le prouve, c'est que le ministère public a le droit d'agir d'office; cependant de lui on ne peut pas dire qu'il ait un intérêt né et actuel, car il n'agit jamais dans un intérêt personnel. Il faudrait donc modifier le principe général en ce sens que sont parties intéressées ceux qui ont un intérêt quelconque à la conservation du patrimoine de l'absent. Les héritiers présomptifs ont certainement un intérêt à ce que les biens de l'absent soient conservés, car si l'absence se prolonge, ils sont envoyés en possession. Telle est aussi l'opinion générale (1). Seulement on la fonde sur un motif que nous ne saurions accepter. On dit que les héritiers ont plus qu'un droit éventuel, plus qu'une espérance, qu'ils ont *une sorte de droit conditionnel,* puisque si l'absent ne reparaît pas, ils sont envoyés en possession, comme étant ses plus proches héritiers au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles (2). Qui ne voit que c'est là un droit purement éventuel? Il suffit qu'on ait des nouvelles de l'absent pour le faire évanouir. Aussi dit-on que c'est *une sorte* de droit conditionnel. Il faut bannir de notre science ces expressions indécises par lesquelles on affirme une chose, tout en n'osant pas le faire ouvertement. Un droit est conditionnel ou il ne l'est pas. Il n'y a pas *une sorte* de droits conditionnels. Ces mots vagues introduisent des idées nuageuses dans une science essentiellement positive, ce qui est la ruine de la vraie science.

Si les héritiers présomptifs sont parties intéressées, les légataires aussi le sont. On oppose l'article 123, aux termes duquel le testament n'est ouvert qu'après la décla-

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 68.
(2) Valette sur Proudhon, t. Ier, p. 257, note *a*.

ration d'absence. Sans doute que les légataires ne pourront pas demander l'ouverture d'un testament qui n'est pas en leurs mains. Mais s'ils le possèdent, pourquoi ne pourraient-ils pas le produire? M. Demolombe, qui professe l'opinion contraire, ajoute une singulière réserve. « Si, dit-il, le légataire était saisi du testament, si l'institution était universelle, si personne n'agissait, si la première période était déjà très-avancée, je ne serais pas surpris que ces différentes circonstances fissent admettre la requête du légataire. » Puis il finit par dire : « Mais je m'en tiendrais toujours en principe à la solution que j'ai proposée (1). » Si l'opinion enseignée par l'auteur a pour elle les vrais principes, pourquoi suppose-t-il que les tribunaux s'en écarteront? n'est-ce pas dire que les circonstances font dévier les juges de la loi? Si cela arrive parfois, il faut combattre ces décisions arbitraires de toutes nos forces, bien loin de les encourager, en énumérant les circonstances qui pourraient engager les magistrats à se mettre au-dessus de la loi. Le droit ne se plie pas au gré des faits; ce sont, au contraire, les faits qui doivent plier sous le droit, sinon il n'y a plus de droit.

138. L'article 114 porte : « Le ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes, et il sera entendu sur toutes les demandes qui les concernent. » Sur ce dernier point il n'y a aucune difficulté. Le code de procédure a interprété la disposition de l'article 114, en ordonnant de communiquer au procureur du roi les causes concernant ou intéressant les personnes présumées absentes (art. 83, n° 7). Il y a quelque doute sur le sens de la première disposition de l'article 114. On l'interprète généralement en ce sens qu'elle donne au ministère public le droit d'agir d'office. En principe, il n'a pas ce droit; ce sont les parties intéressées qui portent l'action devant le juge, l'officier du ministère public est seulement partie jointe. Ce n'est que par exception et dans les cas spécifiés par la loi que le ministère public devient partie principale (2). La question

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 36, n° 27.
(2) Loi du 24 août 1790, titre VIII, art. 2; loi du 20 avril 1810, art. 46.

est de savoir si l'article 114 consacre une de ces exceptions. Il n'est guère possible de lui donner un autre sens. En effet, il renferme deux dispositions : la seconde veut que toutes les demandes concernant les présumés absents leur soient communiquées : la première doit donc lui donner une autre mission, sinon la loi dirait deux fois la même chose. Tel est d'ailleurs l'esprit du code Napoléon. Au conseil d'Etat, le premier consul insista sur le devoir qu'avait la société de veiller aux intérêts des absents : elle devait leur tenir lieu de tutrice, disait-il. Qui sera chargé de remplir ce devoir? Les tribunaux n'ont jamais d'initiative ; ils ne peuvent rien faire pour les absents, à moins qu'ils ne soient saisis. Qui les saisira? Le législateur fait appel aux parties intéressées. Mais s'il n'y en a pas ou si elles n'agissent pas? Laissera-t-on dépérir les biens abandonnés? Si la société est tutrice, il faut qu'il y ait un agent de la société qui exerce la tutelle. On ne nomme pas de tuteur aux absents, dès lors il fallait charger le ministère public de veiller à leurs intérêts ; si donc personne ne provoque les mesures que la nécessité commande, le procureur du roi le fera (1).

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord. Il a été jugé que le ministère public a qualité pour requérir d'office la nomination d'un administrateur aux biens (2). La cour de Bruxelles a décidé qu'il peut requérir la consignation dans un dépôt public des sommes dues à l'absent (3). Postérieurement à cet arrêt, une loi du 20 décembre 1823 ordonna de verser dans la caisse des consignations les deniers appartenant aux présumés absents, et qui seraient reçus en vertu des dispositions des articles 112 et 113. C'est au ministère public à veiller à l'exécution de cette loi.

139. L'application de l'article 114 donne lieu à une question sur laquelle les auteurs sont divisés. On demande si le ministère public peut exercer les actions appartenant

(1) Demolombe, t. II, p. 37, n° 29. Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 338 et suiv.
(2) Arrêt de la cour de cassation du 8 avril 1812, et arrêt de la cour de Metz du 15 mars 1823 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n°s 95 et 122).
(3) Arrêt du 26 avril 1821 (Dalloz, au mot *Absents*, n° 79).

à l'absent, ou s'il doit se borner à requérir la nomination d'un curateur qui agira au nom de l'absent. La cour de Metz a décidé que le ministère public n'est point chargé d'agir par lui-même pour les personnes présumées absentes, et de faire valoir leurs droits et leurs intérêts (1). C'est l'opinion généralement suivie par les auteurs, et nous croyons qu'elle est fondée sur les vrais principes. Donner au ministère public le droit d'intenter des actions au nom de l'absent, ce serait le transformer en administrateur; or, ce n'est jamais là son rôle, et ce n'est pas là le but de l'article 114 : les officiers du ministère public remplissent leurs fonctions auprès du tribunal auquel ils sont attachés; en matière civile, ils se joignent aux parties en cause, ou, dans les cas prévus par la loi, ils saisissent eux-mêmes le tribunal; tel est le cas de l'article 114. De quoi s'agit-il? De pourvoir aux intérêts de l'absent. Qui prescrit ces mesures? Le tribunal. Qui les requiert? Le ministère public. A cela se borne son action. Si donc il y a des droits à poursuivre, le ministère public provoquera la nomination d'un curateur, mais il ne fera pas lui-même fonction de curateur.

§ II. *Effets de la présomption d'absence quant aux biens de l'absent.*

140. L'article 112 charge le tribunal de prendre les mesures nécessaires pour l'administration des biens de l'absent. On demanda au conseil d'Etat quand le tribunal devait intervenir. « Il serait difficile, répondit Portalis, de fixer le délai dans lequel on doit pourvoir à la conservation des biens d'un absent; c'est par les circonstances qu'il faut en juger. Il n'y a pas de danger à ce que les tribunaux aient le droit de se régler à cet égard par l'urgence et à prononcer suivant les cas. » L'article 112 est conçu dans ce sens. « S'il y a nécessité, » dit la loi. C'est donc la nécessité qui donne au juge le droit et qui lui fait

(1) Arrêt précité du 15 mars 1823. Comparez Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 81. Demolombe, t. II, p. 39, n° 30.

un devoir d'intervenir. La simple utilité ne suffirait point. Le tribunal n'est pas appelé à augmenter le patrimoine de l'absent, il est appelé à le conserver. Il y a d'ailleurs un motif d'ordre public qui lui commande d'agir avec la plus grande réserve. Nos anciennes coutumes disent que chacun est roi dans sa maison; il faut que les magistrats respectent cet asile sacré; ils n'y doivent pénétrer que s'il y a nécessité absolue. Quand peut-on dire qu'il y a nécessité? Lors de la discussion du titre III au conseil d'Etat, Tronchet cita comme exemples : si les terres restent abandonnées sans culture, si la maison n'est pas habitée, si les meubles, si les denrées et les marchandises dépérissent. Il est inutile de s'arrêter à ces applications, puisque la nécessité est essentiellement une question de fait. Voilà pourquoi le tribunal ne doit pas intervenir si l'absent a laissé un procureur fondé. Il n'y a pas de nécessité dans ce cas, puisque l'absent a lui-même pourvu à l'administration de ses biens; seulement si la procuration n'était pas assez étendue, ou si elle venait à cesser, la nécessité donnerait de nouveau au juge droit et mission d'agir (1).

141. Quelles mesures le tribunal peut-il ou doit-il prescrire? Le code ne le dit pas; le tribunal statuera, porte l'article 112. Cependant le législateur trace une règle qui sert de guide et de limite au juge : « S'il y a nécessité de pourvoir à l'administration *de tout ou partie* des biens laissés par une personne présumée absente. » Le tribunal ne peut donc prescrire que les mesures nécessaires. Si la nécessité existe pour tout le patrimoine de l'absent, le tribunal y pourvoira; s'il suffit de prendre des mesures pour certains biens, le tribunal bornera son action à la stricte nécessité. L'usage était jadis de nommer un curateur chargé d'administrer les biens de l'absent. Le code ne l'ordonne pas et il ne le défend pas. C'est dire que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire. Dans l'ancien droit, l'usage était de nommer un curateur à l'absent; mais trop souvent, dit Bigot-Préameneu, ces administrateurs, pris parmi les agents d'affaires, ont été coupables de dilapida-

(1) Toullier, *Le droit civil français*, t. Ier, p. 335, n° 389.

tions; trop souvent, même étant de bonne foi, ils ont, soit par ignorance, soit par négligence, causé la ruine de l'absent. L'abus alla à ce point que le législateur défendit de nommer des curateurs (1). Au conseil d'Etat, on témoigna également une extrême défiance contre eux. C'est de l'exagération, dit Regnier. La nécessité peut exiger que le tribunal pourvoie à l'administration de tous les biens laissés par l'absent; il faudra donc nommer un administrateur général, qu'on lui donne le nom de curateur ou de gérant, peu importe. D'ailleurs le tribunal peut prescrire des garanties, et le ministère public veillera à ce que les intérêts de l'absent soient sauvegardés (2). Cette opinion prévalut. Bigot-Préameneu dit dans l'Exposé des motifs que les nominations de curateurs ne sont pas interdites, que les tribunaux le feront s'ils le jugent indispensable, mais en cherchant tous les moyens d'éviter les inconvénients auxquels cette mesure expose (3). La jurisprudence s'est prononcée en ce sens (4).

C'est naturellement au tribunal qui nomme un curateur à régler les pouvoirs qu'il veut lui accorder. Mais ces pouvoirs ne peuvent pas dépasser les bornes de l'administration, puisque dans la première période de l'absence, tout se fait dans l'intérêt de la personne présumée absente et pour la conservation de ses droits. L'article 112 le dit : il ne s'agit que d'administrer tout ou partie du patrimoine de l'absent.

142. Le tribunal a donc, en principe, pleine latitude pour prescrire telles mesures qu'il juge nécessaires. Il n'y a qu'une exception; la loi prévoit un cas dans lequel elle-même dit ce que le juge doit faire. Si l'absent est intéressé, porte l'article 113, dans des inventaires, des comptes, des partages, des liquidations, le tribunal commettra un notaire pour l'y représenter. Pourquoi le législateur ne s'en est-il pas rapporté à la prudence du juge dans ce cas

(1) Ordonnance de 1667, titre II, article 8.
(2) Séance du conseil d'Etat du 24 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 223, n° 20).
(3) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 253, n° 10.
(4) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 95.

spécial? Si la loi donne plein pouvoir au juge quand il s'agit de pourvoir à l'administration des biens d'un absent, c'est qu'il était impossible de prescrire les mesures que commandent les circonstances, tout dépendant des faits, qui varient à l'infini. Il n'en est plus de même quand l'ab sent est intéressé dans la liquidation d'une succession; la nature des droits à sauvegarder indique que le meilleur défenseur que l'absent puisse avoir, c'est un notaire. Déjà une loi du 11 février 1791 l'avait décidé ainsi. Les auteurs du code ont maintenu cette disposition dans l'intérêt de l'absent autant que par défiance contre les curateurs (1).

L'application de l'article 113 donne lieu à quelques difficultés. Il y a un premier point qui ne fait pas de doute. De quelles successions s'agit-il? Evidemment de celles auxquelles l'absent a été appelé avant qu'il y eût incertitude sur sa vie, c'est-à-dire avant qu'il y eût présomption d'absence. En effet, aux termes de l'article 136, s'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, cette succession est dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou qui l'auraient recueillie à son défaut.

Quelles sont les fonctions du notaire? La loi les indique : il représente l'absent dans les inventaires, comptes, partages et liquidations. C'est au tribunal à limiter son action ou à l'étendre. S'il se borne à reproduire le texte de la loi, il en résultera que le notaire n'a autre chose à faire que les actes habituels de son ministère. Pourra-t-il demander le partage? Non certes, car ce n'est pas là la mission du notaire. Demander un partage est un acte qui dépasse les bornes d'un pouvoir d'administration. Le tuteur ne le peut, ni le mineur émancipé. Si le tribunal jugeait qu'il fût nécessaire de provoquer le partage, il devrait donner expressément cette mission au notaire ou au curateur qu'il chargerait des intérêts de l'absent. Bien moins encore le notaire pourra-t-il transiger. Il est même douteux que le tribunal puisse lui conférer ce pouvoir. La loi l'appelle à homologuer les transactions faites au nom d'un mineur, mais en

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs (Locré, t. II, p. 253, n° 10).

prescrivant d'autres garanties. En matière d'absence, le tribunal ne peut ordonner que ce qui est nécessaire; or, peut-on dire que la transaction soit une nécessité (1)?

§ III. *Effet de la présomption d'absence sur le mariage.*

143. L'absence ne dissout jamais le mariage, parce que jamais il n'y a présomption de mort. Nous reviendrons sur ce principe, qui est commun à toutes les périodes de l'absence. Pendant la première, le mariage subsiste avec tous ses effets, même quant aux biens. Si c'est la femme qui est présumée absente, le mari présent continue le régime, quel qu'il soit, sous lequel les époux se sont mariés; l'absence de sa femme ne change rien à ses droits. En général, il est administrateur de ses biens et usufruitier; il continuera à les administrer et à en jouir. Si les époux avaient adopté le régime de séparation de biens, et si la femme était absente, il y aurait lieu à provoquer des mesures pour la gestion de ses biens, puisque, sous ce régime, c'est elle qui en a l'administration et la jouissance.

Si le mari est présumé absent, il y aura également lieu de prendre des mesures pour l'administration de ses biens, puisque la femme n'a, sous aucun régime, un droit sur les biens de son mari. Quant aux biens communs, s'il y a régime de communauté, nous croyons que la femme en prendra l'administration. Nous verrons que la loi lui donne ce droit, même après la déclaration d'absence (art. 124); à plus forte raison, doit-elle l'avoir pendant l'absence présumée. Elle est associée; à la vérité, elle ne prend aucune part à l'administration de la communauté quand le mari est présent; mais quand le mari est absent et par suite dans l'impossibilité de gérer les intérêts communs, la femme associée doit administrer. A-t-elle besoin de l'autorisation de justice pour faire les actes d'administration? L'affirmative ne souffre aucun doute. Le mariage subsiste avec tous ses effets, donc la femme reste frappée

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 343-345. Merlin, *Répertoire*, au mot *Absents*, t. Ier, p 39 et suiv., n° 4. Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, nos 120 139.

d'incapacité juridique. Il faudrait une disposition de la loi pour l'en affranchir, et la loi est muette.

144. L'article 1427 confirme cette doctrine. Il porte que la femme ne peut s'obliger pour l'établissement de ses enfants, en cas d'absence du mari, qu'après y avoir été autorisée par justice. Si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, la femme peut donc s'obliger avec autorisation de justice, pour doter ses enfants. Mais peut-elle aussi donner les biens de la communauté? Ces biens ne lui appartiennent pas, ils sont la propriété du mari, qui seul peut en disposer. Cela décide la question (1). Les biens communs et les biens personnels du mari étant sa propriété, les tribunaux ne peuvent pas autoriser la femme à les aliéner. Ils peuvent seulement prendre les mesures nécessaires à l'administration de son patrimoine. Or, la dotation n'est pas une nécessité. Sans doute, il serait très-utile que cela pût se faire, mais il faudrait pour cela un texte, et nous n'en avons pas. On a proposé, pour combler la lacune, d'appliquer par analogie l'article 511, qui permet de pourvoir à l'établissement des enfants, en cas d'interdiction du père, par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal. Il y a parité de raison, dit Delvincourt (2). Cela est très-vrai; mais suffit-il d'un motif d'analogie pour disposer du patrimoine de l'absent pendant la présomption d'absence, alors que la loi ne permet que les mesures nécessaires à l'administration de ses biens? Nous ne le croyons pas; ce serait dépasser la loi et par conséquent la faire au lieu de l'interpréter.

§ IV. *Effet de la présomption d'absence quant aux enfants.*

145. Le père est présumé absent, et la mère est présente; il y a des enfants communs. D'après l'article 141, la mère en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs

(1) Demolombe enseigne que l'article 1427 permet à la femme de disposer des biens de la communauté; la loi ne dit pas cela. (*Cours de code Napoléon*, t. II, p. 426, n° 315.)

(2) Delvincourt, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, p. 85, note 4.

biens. La *surveillance* dont la loi parle est-elle une tutelle? Bigot-Préameneu dit dans l'Exposé des motifs : « Il est conforme aux principes qui vous seront exposés au titre des Tutelles que, si la femme de l'absent vit, elle ait la surveillance des enfants (1). » C'est dire que la surveillance confiée à la mère est une tutelle semblable à celle qui lui est conférée quand elle survit à son mari. Telle est aussi la doctrine de Proudhon. Nous croyons, avec tous les auteurs, que cette opinion doit être rejetée. Il ne peut être question de tutelle aussi longtemps que le père vit; or, le père, quoique présumé absent, n'est pas présumé mort. Vainement dira-t-on qu'il y a incertitude sur sa vie; cela est vrai, mais cette incertitude n'a d'autre effet que de prendre les mesures que la nécessité exige. Ce qui a lieu pour les biens, doit, à plus forte raison, se faire pour les personnes. Aussi la loi dit-elle que la femme présente exerce les droits du mari. Or, le mari a la puissance paternelle, c'est donc cette puissance qui est dévolue à la femme. Cela est en harmonie avec les principes généraux qui régissent la puissance paternelle dans le droit civil français. L'article 203 dit que les époux contractent ensemble l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants. Cette disposition donne implicitement la puissance paternelle à la femme aussi bien qu'au mari; car, dans notre droit moderne, la puissance paternelle n'est autre chose que le devoir d'éducation. Aussi l'article 372 dit-il que l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation. L'article 373 ajoute que le père seul exerce cette autorité durant le mariage. Mais quand il est dans l'impossibilité de l'exercer, la mère prend naturellement sa place. C'est là ce que l'article 141 veut dire, en disposant que la mère présente aura la surveillance de ses enfants (2).

146. Quelle est l'étendue de ses pouvoirs? Elle exerce tous les droits du mari, dit l'article 141, quant à l'administration des biens des enfants. Le père est administrateur

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 253, n° 11.
(2) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 307. Comparez Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 548.

et non tuteur. Il en est de même de la mère qui le remplace: donc il n'y a pas lieu à subrogée tutelle, il n'y a pas d'hypothèque légale. La mère peut faire les actes d'administration que le mari a le droit de faire comme administrateur légal. Au titre de la Puissance paternelle, nous dirons quels sont ces pouvoirs. La femme a-t-elle besoin de l'autorisation de justice pour faire les actes juridiques que l'administration nécessite? La question est controversée et il y a un motif de douter. Nous venons de dire que la femme de l'absent présumé reste frappée d'incapacité et qu'elle ne peut s'obliger qu'avec autorisation de justice. L'article 1427 est formel. Si elle est incapable pour son propre patrimoine, comment serait-elle capable pour le patrimoine de ses enfants? Proudhon ne comprend pas une pareille contradiction; il conclut que la femme doit, dans tous les cas, se faire autoriser en justice (1). Cependant la contradiction existe, et il faut l'accepter puisqu'elle résulte de la loi (2). La femme présente reste femme mariée, donc incapable; l'article 1427 le dit. D'un autre côté, l'article 141 lui confie l'administration des biens de ses enfants. Or, quand la femme mariée administre, soit en vertu de la loi, s'il y a séparation judiciaire, soit en vertu du contrat de mariage, s'il y a séparation contractuelle, elle administre librement, c'est-à-dire sans avoir besoin d'autorisation (art. 1449 et 1536). Il faut dire la même chose quand la loi lui confie l'administration des biens de ses enfants en cas d'absence du mari. L'administration serait impossible si, pour chaque acte, la femme devait recourir aux tribunaux. Quant à la contradiction qui en résulte dans la position de la femme, elle est réelle; mais il n'appartient pas à l'interprète de corriger la loi. Dès que la femme est appelée à administrer ses biens, elle devrait être libre comme elle l'est quand elle administre les biens de ses enfants.

147. L'article 141 dit aussi que la mère exerce tous les droits du mari quant à l'éducation des enfants. Cela est

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 309.
(2) C'est l'opinion générale (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 551).

trop absolu. Quand la mère exerce la puissance paternelle de son propre chef, en cas de survie, elle n'a pas tous les droits dont jouit le mari. La loi restreint le pouvoir de correction qu'elle lui accorde (art. 376 et 381). Il est impossible que la femme ait des pouvoirs plus étendus quand elle remplace son mari dans l'exercice de la puissance paternelle. En effet, les raisons pour lesquelles le législateur a cru devoir limiter le droit de correction quand c'est la mère qui l'exerce, subsistent lorsqu'elle prend la place de son mari; nous dirons plus loin quelles sont ces raisons. C'est donc le cas de dire : Là où il y a même raison de décider, il doit y avoir même décision. Telle est aussi l'opinion générale (1).

La loi dit que la mère exerce *tous* les droits du mari quant à l'*éducation*. Cela veut-il dire que la femme a tous les droits qui dérivent de la puissance paternelle? Nous le croyons; c'est en effet le droit d'éducation qui constitue l'essence de la puissance paternelle dans notre droit moderne. D'ailleurs, la mère a cette puissance au même titre que le père; elle doit donc l'exercer dans toute sa plénitude quand le père est dans l'impossibilité de le faire. Il résulte de là que la mère présente peut émanciper ses enfants. Rien de plus logique; c'est à celui qui exerce la puissance paternelle à émanciper ceux qui y sont soumis (art. 477) (2).

On demande si le consentement de la mère suffira pour le mariage de ses enfants. Ceci n'est plus une question de puissance paternelle, car les ascendants, qui n'ont pas cette puissance, doivent néanmoins consentir au mariage de leurs descendants. Il faut décider, comme nous le dirons au titre du Mariage, qu'il y a lieu d'appliquer l'article 149, aux termes duquel, si l'un des père et mère est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit.

148. L'article 142 prévoit une autre hypothèse. C'est

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 420, n° 519; Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 423, n° 213.

(2) C'est l'opinion générale (Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p 306, note).

le père qui a disparu, la mère étant déjà décédée; ou elle vient à décéder avant que l'absence du père ait été déclarée. Dans ce cas, la *surveillance* des enfants est déférée par le conseil de famille à un ascendant, mais seulement six mois après la disparition. Pourquoi attend-on six mois avant de pourvoir à la surveillance des enfants? Bigot-Préameneu répond : « Si la mère n'existe plus, on ne saurait croire que le père n'ait pris, à son départ, aucune précaution pour la garde et l'entretien de ses enfants; mais aussi on présume que ces précautions n'ont été que pour un temps peu long, et dans l'espoir d'un prochain retour(1). » Rien de plus naturel que ces présomptions, mais elles tombent devant la réalité. Si le père a disparu sans prendre aucune mesure, faudra-t-il attendre six mois avant de pourvoir à la surveillance des enfants? La tutelle ne pourra être déférée qu'après les six mois, le texte est formel. Il y a cependant un motif de douter, c'est que la raison donnée par l'orateur du gouvernement pour suspendre l'ouverture de la tutelle, vient à cesser en ce cas. Pourquoi donc ne la défère-t-on pas? Parce que, dans les premiers mois qui suivent la disparition du père, toutes les probabilités sont pour sa vie; on doit s'attendre d'un jour à l'autre à son retour, et dans cet espoir, il ne faut pas se hâter trop de nommer un tuteur, qui viendrait s'immiscer dans les affaires et dans les secrets du présumé absent. Est-ce à dire que les enfants resteront pendant six mois sans surveillance? Non, certes. C'est un des cas où il y a nécessité pour le tribunal d'intervenir, et au besoin le ministère public provoquera les mesures nécessaires.

Il en est de même si la mère vient à décéder; il faut encore, dans ce cas, attendre six mois avant de déférer la tutelle. Est-ce six mois après le décès, ou six mois après la disparition? Le texte dit : *six mois après la disparition du père*. Cela veut dire que si lors du décès de la mère ces six mois ne sont pas encore écoulés, il faudra attendre qu'ils le soient, avant de déférer la tutelle. Que si la mère décède après les six mois, on procédera immédiatement à

(1) Bigot Préameneu, Exposé des motifs (Locré, t. II, p. 253, n° 11).

la nomination d'un tuteur, parce qu'il n'y a plus aucun motif pour attendre (1).

Nous disons que, dans les deux hypothèses, il y a lieu de déférer la tutelle. Le code se sert de l'expression *surveillance*, qui se trouve également dans l'article 141. Dans cet article, le mot surveillance veut dire puissance paternelle; pourquoi le même mot signifie-t-il tutelle dans l'article 142? Parce que l'article 142 suppose le décès de la mère; or, dès que l'un des parents meurt, la tutelle s'ouvre. Le présumé absent était tuteur lorsqu'il a disparu, si la mère était déjà morte à ce moment, ou il le devient, si la mère présente vient à décéder. Mais comme l'absent ne peut pas gérer la tutelle, il faut qu'il soit remplacé. La *surveillance* dont parle l'article 142 est donc une tutelle. C'est la tutelle appartenant à l'absent qui est déférée à un tuteur provisoire. La loi le dit quand il n'y a pas d'ascendant; il en doit être de même quand c'est un ascendant qui est chargé de la surveillance; car la nature de cette surveillance ne peut pas changer selon qu'elle est exercée par un étranger ou par un ascendant. Il suit de là qu'il y a lieu à la subrogée tutelle et à l'hypothèque légale (2).

L'article 142 porte que le conseil de famille déférera la surveillance aux ascendants les plus proches et, à leur défaut, à un tuteur provisoire. Cette disposition n'est pas en harmonie avec le droit commun. D'après l'article 402, la tutelle est déférée par la loi elle-même, sans que le conseil de famille intervienne. Pourquoi, en cas d'absence, la tutelle des ascendants est-elle dative, tandis que, en règle générale, elle est légitime? On chercherait vainement une raison de cette différence. L'anomalie s'explique par les travaux préparatoires. D'après le projet de code, le conseil de famille était appelé à déférer la tutelle aux ascendants; l'article 142 ne faisait donc qu'appliquer à l'absence un principe de droit commun. Plus tard, on changea de système, la tutelle des ascendants fut déférée par la loi. On aurait dû modifier l'article 142 pour le

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 556.
(2) C'est l'opinion générale. Demante seul professe l'opinion contraire (*Cours analytique*, t. Ier, p. 294, n° 182 *bis*, II).

mettre en rapport avec le nouveau principe; mais le titre de l'Absence étant déjà publié, on n'y revint point. De là la contradiction. L'interprète ne pourrait-il pas la lever, en expliquant l'article 142 par l'article 402? On a dit que la première de ces dispositions était abrogée par la seconde (1). Cela est inadmissible. Il n'y a pas d'abrogation expresse, et l'abrogation tacite n'a lieu que quand deux lois sont incompatibles. Dans l'espèce, cette incompatibilité n'existe pas; car l'article 142 ne statue que sur une tutelle provisoire, tandis que l'article 402 suppose une tutelle définitive, qui s'ouvre par le décès du dernier mourant des père et mère. Dans le cas de l'article 142, l'un des père et mère vit encore, du moins sa mort n'est pas prouvée (2).

149. L'article 143 prévoit une dernière hypothèse. Il suppose que le présumé absent laisse des enfants issus d'un mariage précédent, et il décide qu'il faut appliquer la disposition de l'article 142, c'est-à-dire déférer la tutelle six mois après la disparition de l'absent. Le cas est, en effet, identique. De droit, les enfants sont et restent sous la tutelle de leur père ou de leur mère qui a disparu; mais comme l'absent ne peut pas exercer la tutelle, la loi veille à ce qu'il soit remplacé. Il y a donc lieu à la nomination d'un tuteur provisoire par le conseil de famille. Cela ne se fait qu'après les six mois, pour les raisons que nous venons de dire.

150. Il reste une question que le code n'a pas prévue et qui est la plus difficile. Le père est présumé absent; la mère est présente; elle accouche plus de dix mois après la disparition de son mari. Quel est l'état de l'enfant? peut-il invoquer la présomption de légitimité établie par l'article 312? cette présomption peut-elle être combattue? par qui? ne peut-elle l'être que par l'action en désaveu? cette action appartient-elle aux héritiers du mari, ou y a-t-il lieu à l'action en contestation de légitimité? La jurisprudence et la doctrine sont divisées sur ces graves difficultés.

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 364, n° 4.
(2) C'est l'opinion générale (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, nos 560 et 561).

Nous exposerons d'abord l'opinion qui a été consacrée pa la cour de cassation. L'enfant né et conçu depuis la disparition de son père se présente à la succession de sa mère Peut-il être repoussé par ses frères et sœurs comme enfant naturel? La cour de Douai a jugé que cet enfant pouvait invoquer la présomption de légitimité. L'absent avait disparu en 1814; en 1820 et en 1822, étaient nés un garçon et une fille de la mère présente; ils furent inscrits comme enfants de leur père absent; l'arrêt dit qu'ils avaient de plus la possession d'état d'enfants légitimes. De là, la cour conclut que ces enfants étaient légitimes, aucune action en désaveu n'ayant été intentée contre eux. Vainement disait-on que, l'absence ayant été déclarée, c'était à eux à prouver que leur père vivait encore au moment de leur conception. La cour repousse les inductions que l'on tirait de l'absence par une considération qui lui paraît décisive : si la loi prescrit des mesures en cas d'absence, c'est uniquement pour la conservation des biens de l'absent; on ne peut donc pas appliquer à l'état civil des enfants la probabilité de mort sur laquelle la loi se fonde pour déférer l'administration des biens de l'absent à ses héritiers. Ce qui le prouve, c'est que le mariage subsiste, alors même que la loi partage définitivement les biens de l'absent entre ses héritiers; donc les conséquences du mariage doivent aussi être maintenues; par suite, la présomption de légitimité établie par l'article 312 profite aux enfants, et ne peut être combattue que par l'action en désaveu (1).

Sur le pourvoi en cassation, intervint un arrêt de rejet. La cour suprême, à la différence de la cour de Douai, se place sur le terrain des principes qui régissent l'absence. Même après la déclaration d'absence, dit-elle, l'absent n'est réputé ni mort ni vivant; c'est donc à celui qui fonde sa demande sur la vie ou la mort de l'absent à rapporter la preuve de ce fait. Or, dans l'espèce, c'est la sœur des enfants nés après la disparition de l'absent qui soutient que ceux-ci sont illégitimes; c'est donc à elle à prouver que l'absent était mort au moment de leur conception;

(1) Arrêt du 18 novembre 1861 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1862, 2, 25).

comme elle ne fournit pas cette preuve, elle doit être déclarée non recevable (1).

Nous n'admettons ni le système de la cour de cassation, ni celui de la cour de Douai. Constatons d'abord que, tout en rejetant le pourvoi, la cour suprême condamne les motifs sur lesquels l'arrêt de Douai est fondé; en effet, elle applique précisément les principes que la cour d'appel avait déclarés inapplicables. Sur ce premier point, nous sommes d'accord. Il nous paraît impossible de scinder l'état de l'absent en invoquant la probabilité de mort pour envoyer ses héritiers en possession de ses biens, et en repoussant cette probabilité quand il s'agit de déterminer l'état de ses enfants. Qu'est-ce, en définitive, que l'absence? C'est, de fait comme de droit, l'incertitude sur la vie et la mort de l'absent. Comment cette incertitude aurait-elle effet sur les biens et n'en aurait-elle aucun quant à l'état des enfants? On dit que, malgré l'absence, le mariage subsiste. Oui, mais c'est que pour dissoudre le mariage il faut plus que l'incertitude de la vie, il faut la preuve du décès. Reste à savoir s'il faut aussi la preuve du décès pour que les enfants nés après la disparition de l'absent soient déclarés illégitimes.

Ces enfants, dit la cour de cassation, n'ont rien à prouver, ils ont pour eux un acte de naissance confirmé par la possession d'état; c'est donc à ceux qui contestent leur légitimité à prouver que le mari de leur mère était mort à l'époque de leur naissance. Nous croyons que la question est mal posée. Il s'agit de savoir si, en cas d'absence du mari, les enfants qui naissent de sa femme peuvent invoquer la présomption de légitimité résultant du mariage. Ce n'est pas l'acte de naissance qui prouve leur légitimité, ce n'est pas même le mariage, c'est uniquement la présomption que l'article 312 fonde sur le mariage, la présomption que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Or, il suffit de lire la suite de l'article 312 pour se convaincre que la loi suppose le mari vivant, ce que le bon sens, du reste, nous dit. Le mari vit, il est pré-

(1) Arrêt du 15 décembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 154).

sent; il a donc pu cohabiter avec sa femme; c'est cette possibilité de cohabitation qui est le fondement de la présomption. Si donc la cohabitation est impossible, il ne peut plus être question d'une présomption de légitimité fondée sur cette cohabitation. Or, est-il besoin de prouver que le mari ne pouvait pas cohabiter avec sa femme, quand les enfants naissent six ou huit mois après que le mari a disparu? Dès lors, il ne peut être question ni de présomption de légitimité, ni de possession d'état d'enfant légitime. Quoi! un enfant est conçu alors que le mari de sa mère est absent depuis six ou huit ans, c'est-à-dire alors que l'on ne sait s'il vit encore, alors qu'il y a déjà de graves probabilités de décès, et l'on dira que cet enfant a la possession d'état d'enfant légitime! Il est notoirement enfant naturel; comment donc serait-il considéré dans l'opinion publique comme enfant légitime?

Il y a encore une autre erreur, à notre avis, dans l'arrêt de la cour de cassation. Elle suppose que l'enfant qui invoque la présomption de l'article 312 n'a rien à prouver, dès qu'il produit son acte de naissance et que le mariage est constant. Cela n'est pas exact. Il est de principe que celui qui allègue une présomption doit prouver qu'il est dans le cas prévu par la présomption; il faut donc qu'il établisse que toutes les conditions requises par la loi existent. Et quelles sont ces conditions, quels sont les éléments essentiels de la présomption de légitimité? Suffit-il de produire les actes de naissance et de mariage? Oui, si la vie du mari est certaine. Il serait certes absurde d'invoquer cette présomption, alors que le mari serait mort au moment de la conception; la loi elle-même déclare que l'état de l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage peut être contesté (art. 315). Eh bien, l'absence forme un état intermédiaire entre la vie et la mort; dès qu'elle est déclarée, il y a doute légal sur la vie de l'absent. Dès lors, l'un des éléments qui constituent la présomption de légitimité fait défaut, la certitude de la vie; par suite, l'enfant ne peut pas invoquer la présomption de l'article 312. C'est donc lui qui doit être déclaré non rece-

vable (1). Dans notre opinion, il n'y a lieu ni à désaveu ni à contestation de légitimité. Le désaveu suppose la vie du père lors de la conception. La contestation de légitimité suppose la mort, et, en cas d'absence, il n'y a ni vie ni mort.

§ V. *Fin de la présomption d'absence.*

151. La présomption d'absence cesse quand l'absent reparaît ou qu'il donne de ses nouvelles. S'il reparaît, les mesures prescrites par le tribunal tombent de plein droit. Le curateur et le notaire, s'il y a lieu, rendent compte de leur gestion au propriétaire, qui reprend l'administration de ses biens. Il va sans dire que la surveillance ou la tutelle provisoire cessent également. Si l'absent donne de ses nouvelles sans reparaître, l'absence cesse également; mais par analogie de ce que dit l'article 131, en cas de déclaration d'absence, le tribunal pourra prescrire des mesures soit pour les biens, soit dans l'intérêt des enfants.

La présomption d'absence cesse encore si l'absent meurt et si l'on a la preuve de son décès. Sa succession s'ouvre, en ce cas, au profit des héritiers appelés à lui succéder à cette époque. Il faut que les héritiers soient capables de succéder; il faut donc qu'ils soient conçus à ce moment. Si un enfant était né de la femme présente plus de trois cents jours depuis la mort du mari, les parties intéressées pourraient le repousser en contestant sa légitimité (art. 315).

Enfin la présomption d'absence cesse par le jugement qui déclare l'absence et qui ouvre la seconde période.

(1) C'est l'opinion de Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 365, nº 268. Comparez Dalloz, au mot *Paternité*, nº 116. Il y a sur cette question une dissertation de M. Duprez, professeur de l'université de Liége (*Revue de droit français et étranger*, par Fœlix, t. Ier (1844), p. 740 et suiv.).

CHAPITRE III.

DEUXIÈME PÉRIODE DE L'ABSENCE.

SECTION I. — De la déclaration d'absence.

152. Pourquoi y a-t-il une seconde période de l'absence? On répond d'ordinaire que la loi remplace la présomption d'absence par la déclaration d'absence, dans l'intérêt des héritiers présomptifs. Ce sont eux, en effet, qui provoquent la déclaration d'absence, et qui sont ensuite envoyés en possession provisoire des biens de l'absent. Il est vrai que la loi tient compte, dans cette seconde période, des droits éventuels des héritiers. Mais il n'est pas exact de dire que ce soit pour sauvegarder ces droits que le législateur ouvre une nouvelle période. Ce qui prouve à l'évidence que cela n'est pas, c'est que l'époux présent, commun en biens, peut opter pour la continuation de la communauté, et s'il le fait, il empêche l'envoi provisoire des héritiers. La loi, comme le dit l'article 124, lui donne la préférence pour l'administration des biens de l'absent; donc il ne s'agit encore que d'administrer les biens, ce qui implique que la loi se préoccupe de l'absent plus que de ses héritiers. Ces héritiers peuvent rester sans droit pendant trente-cinq ou pendant quarante ans, et l'on veut que ce soit surtout dans leur intérêt que la loi a organisé une seconde période! Non, pendant la présomption d'absence, elle n'autorise que les mesures nécessaires, parce qu'elle s'attend d'un jour à l'autre au retour de l'absent. Quand l'absence a duré cinq ou onze ans, le retour de l'absent devient de moins en moins probable. Il faut donc organiser une administration régulière. La loi l'appelle provisoire, pour marquer qu'il s'agit uniquement de conserver le patrimoine de l'absent, soit pour lui, s'il revient, soit pour ses héritiers, s'il ne reparaît plus. En attendant, elle tâche de trouver les meilleurs administrateurs. Voilà

pourquoi elle appelle les héritiers, et de préférence l'époux présent.

153. La loi ne permet pas d'envoyer les héritiers en possession des biens de l'absent, par cela seul qu'un certain nombre d'années s'est écoulé depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles. Il faut, avant tout, un jugement qui déclare l'absence. L'article 120 le dit; il est si formel, que l'on ne conçoit pas que le plus léger doute se soit élevé sur ce point. Il y a cependant eu des procès; mais la jurisprudence ne pouvait hésiter un instant. On a jugé que celui qui se prétend héritier d'un absent doit nécessairement, avant d'agir en cette qualité, faire déclarer l'absence. La cour de Rennes, en portant la même décision, donne les raisons pour lesquelles le législateur a prescrit un jugement préalable à l'envoi en possession provisoire : les précautions prises par la loi, dit l'arrêt, doivent être scrupuleusement observées, puisqu'elles ont pour objet de garantir les biens et les droits de celui que des circonstances malheureuses peuvent retenir loin de sa patrie (1). En effet, l'éloignement seul et le défaut de nouvelles ne prouvent pas encore qu'il y ait absence, dans le sens légal du mot, c'est-à-dire incertitude sur la vie de la personne qui a quitté son domicile sans donner de ses nouvelles. Il faut que les circonstances dans lesquelles l'éloignement a eu lieu, il faut que les motifs qui expliquent le défaut de nouvelles soient pris en considération; enfin il faut que la demande de ceux qui provoquent la déclaration d'absence soit rendue publique, afin d'avertir l'absent, s'il vit encore, qu'on va le déposséder de l'administration et, en un certain sens, de la jouissance de ses biens. Telles sont les raisons puissantes qui exigent l'intervention de la justice et qui justifient les mesures que la loi prescrit pour constater l'absence, avant de permettre l'envoi provisoire.

154. Pour que l'absence d'une personne puisse être déclarée, il faut d'abord, d'après l'article 115, « qu'elle ait

(1) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n°s 143, 144, 150.

cessé de paraître au lieu *de son domicile ou de sa résidence.* » Les auteurs s'accordent à dire qu'il y a un vice de rédaction dans l'article 115, qu'au lieu de la disjonctive *ou*, il faut mettre la conjonctive *et*. Il est évident que si une personne a tout ensemble un domicile et une résidence distincte de ce domicile, il ne suffit point qu'elle ait cessé de paraître soit à son domicile, soit à sa résidence, il faut sa disparition entière, comme dit l'article 120 (1). Mais il peut arriver qu'une personne n'ait pas de domicile, si elle est étrangère, ou que son domicile soit inconnu; dans ces cas, on n'aura égard qu'à la résidence.

L'article 115 ajoute : « et que depuis quatre ans on n'en aura pas eu de nouvelles. » Il n'est pas nécessaire que l'absent ait lui-même donné de ses nouvelles; le projet semblait l'exiger; il fut modifié, sur la remarque du premier consul, que l'on pouvait avoir des nouvelles d'une personne sans les recevoir directement d'elle (2). Il faut qu'il y ait eu défaut de nouvelles depuis quatre ans. Cela suppose que l'absent n'a pas laissé de procuration; en effet, aux termes de l'article 121, s'il a laissé une procuration, ses héritiers ne peuvent poursuivre la déclaration d'absence qu'après dix ans révolus depuis sa disparition ou depuis ses dernières nouvelles. Il est assez singulier que la loi dise cela en traitant des effets de l'absence; c'est évidemment l'article 125 qui est le siége de la matière. Ce vice de classification s'explique par le changement qu'a subi le projet primitif (3). Nous croyons inutile d'entrer dans ce détail, puisque le sens de la loi n'est pas douteux. Mais l'interprétation des textes donne lieu à quelques difficultés.

155. La raison de la différence que la loi met entre le cas où l'absent a laissé une procuration et le cas où il n'en a point laissé est sensible. Bigot-Préameneu l'a expliquée dans l'Exposé des motifs. Nous citons ses paroles, de pré-

(1) Locré, *Esprit du code civil*, t. II, p. 337.
(2) Séance du conseil d'État du 16 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 213, n° 5).
(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 52, n° 50.

férence aux explications des auteurs, parce que les orateurs du gouvernement jouissent d'une autorité que n'ont pas de simples interprètes. « L'on ne peut pas traiter également, dit Bigot-Préameneu, celui qui a formellement pourvu à l'administration de ses affaires et celui qui les a laissées à l'abandon. Le premier est censé avoir prévu une longue absence, puisqu'il a pourvu au principal besoin qu'elle entraîne. Il s'est dispensé de la nécessité d'une correspondance, lors même qu'il serait longtemps éloigné. Les présomptions contraires s'élèvent contre celui qui n'a pas laissé de procuration; on croira plutôt qu'il espérait un prompt retour, qu'on ne supposera qu'il ait omis une précaution aussi nécessaire; et lorsqu'il y a manqué, il s'est au moins mis dans la nécessité d'y suppléer par sa correspondance (1). »

Les motifs donnés par l'orateur du gouvernement nous aideront à décider les difficultés auxquelles le texte donne lieu. On demande si la procuration doit être générale? Les termes de la loi semblent l'exiger. L'article 120 dit : « une procuration pour l'administration *de ses biens,* » et non « *de tout ou partie de ses biens,* » comme s'exprime l'article 112. On conçoit d'ailleurs que celui qui veut s'éloigner pour longtemps du lieu où se trouve le siége de ses intérêts, doit pourvoir à l'administration de tous ses biens; une procuration donnée pour une affaire spéciale n'indiquerait pas l'intention de faire une longue absence, alors que le patrimoine resterait sans administrateur. Cependant on ne peut pas poser comme principe absolu que la procuration doit être générale. Si les biens de la personne qui s'absente sont loués à long terme, il n'y a pas de nécessité de pourvoir à leur administration. Une procuration donnée en ce cas pour gérer les biens ou les intérêts qui auraient besoin d'un gérant suffirait pour marquer le projet d'un long voyage, quoiqu'elle fût spéciale. Il résulte de là que la question que nous agitons est une difficulté de fait plutôt que de droit. C'est l'intention de l'absent qu'il faut rechercher, d'après l'Exposé des

(1) Locré, *Législation civile,* t. II, p. 255, n° 19.

motifs. L'intention est évidente quand la procuration est générale; elle est douteuse quand elle est spéciale. Le tribunal décidera d'après les circonstances (1).

La loi ne dit rien de la durée de la procuration. Cette question est par cela même abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Il y a une hypothèse qui soulève une question de droit. Au conseil d'Etat, Cambacérès supposa le cas suivant : « Un homme que des spéculations commerciales doivent conduire loin de sa résidence, prévoit qu'il ne pourra de très-longtemps donner de ses nouvelles ; pour empêcher que ses héritiers ne s'immiscent dans ses affaires, il organise pour trente ans l'administration de son patrimoine. Cet acte aura-t-il ses effets? » Tronchet répondit que l'acte ne serait pas valable. « Si c'est un acte à cause de mort, il blesse les dispositions qui défèrent la succession à ses héritiers; si c'est un acte entre vifs, il ne peut durer que tant qu'on administrera la preuve de la vie de l'absent (2). » La réponse est péremptoire. Celui qui vit peut donner un mandat qui durera aussi longtemps qu'il vivra. Celui dont la vie est incertaine ne peut pas empêcher que la loi n'appelle à l'administration de ses biens les héritiers qui y ont un droit éventuel, subordonné à la condition de son décès. Ajoutons que l'hypothèse de Cambacérès est on ne peut plus improbable. C'est une de ces questions oiseuses que les auteurs aiment à agiter, et qui trop souvent ne servent qu'à transformer le droit en scolastique.

L'hypothèse inverse est plus probable. Celui qui s'éloigne pour un voyage lointain donnera une procuration pour quelques années ; ce temps lui suffit pour faire le tour du monde. On ne fait plus son testament avant de se mettre en route, les communications sont si rapides et si sûres ! Mais mille circonstances peuvent retarder le retour. La procuration donnée pour deux ans expire, et l'absent n'est

(1) La question est décidée en sens divers par les auteurs (Demolombe, t. II, p. 55, n° 54; Duranton, t. Ier, p. 318, n° 412; Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 165).

(2) Séance du conseil d'Etat du 24 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 227, n° 29). Comparez Duranton, t. Ier, p. 319, n° 413; Dalloz, au mot *Absents*, nos 162-163.



pas rentré dans ses foyers. Faudra-t-il attendre dix ans pour prononcer la déclaration d'absence, ou cinq ans suffiront-ils? Les auteurs s'accordent, sauf quelques dissentiments, à appliquer à ce cas la disposition de l'article 122, qui porte que les héritiers présomptifs ne pourront poursuivre la déclaration d'absence qu'après dix années, alors même que la procuration vient à cesser; sauf à pourvoir à l'administration des biens de l'absent, comme cela se fait pendant la présomption d'absence. Nous doutons fort que cette disposition puisse recevoir son application, quand la procuration vient à cesser par la volonté de l'absent. Voici comment Bigot-Préameneu explique l'article 122 : « On a aussi prévu le cas où la procuration cesserait par la *mort* ou par un autre *empêchement*. Ces circonstances ne changent pas les inductions qui naissent du fait même qu'il a été laissé une procuration (1). » Le mot *empêchement* que l'orateur du gouvernement emploie, suppose un fait indépendant de la volonté de l'absent, et qu'il n'a pu prévoir : telle serait la renonciation du mandataire, ou l'impossibilité où il se trouverait d'exécuter le mandat. Il est très-logique que dans ces cas le fait de la procuration soit pris en considération par le législateur, alors même qu'elle cesse ; mais il n'en est plus ainsi quand l'absent a limité la durée du mandat qu'il a donné. Ce fait diminue la probabilité d'un long voyage, et n'excuse plus le défaut absolu de nouvelles. L'absent, sachant que la procuration qu'il a laissée en partant cesse, devrait écrire pour la renouveler. S'il ne le fait pas, de graves présomptions s'élèvent contre sa vie; et par suite il y a lieu à déclarer son absence plus tôt qu'on ne l'eût fait si la procuration était venue à cesser par une cause qu'il doit ignorer (2).

Mais tout en n'appliquant pas l'article 122 à l'hypothèse d'une procuration donnée pour un délai moindre de cinq ans, nous n'entendons pas décider qu'une procuration pareille est insuffisante pour ajourner la déclaration d'ab-

(1) Exposé des motifs (Locré, t. II, p. 255, n° 19).
(2) C'est l'opinion de Delvincourt, t. Ier, p. 44, note 3, et de Zachariæ, t. Ier, p. 295, note 5.

sence à dix ans. La loi ne permet pas d'adopter une décision absolue en cette matière, puisqu'elle ne dit rien sur la durée de la procuration (1). Seulement le bon sens dit que plus la procuration est longue, plus il y aura de probabilité que l'absent a voulu faire un long voyage ; de là une probabilité de vie qui empêchera de déclarer l'absence. Tandis que les probabilités sont contraires, si la procuration est de courte durée.

156. Le délai de quatre et de dix ans soulève encore une question sur laquelle il y a controverse. On suppose que l'absent a donné de ses nouvelles : le délai court-il à partir de la date que porte la lettre, ou à partir du jour où elle a été reçue? Zachariæ dit que c'est cette dernière date qui doit être prise en considération. Cela résulte évidemment, dit-il, de la rédaction de l'article 115 (2). L'article porte : « Lorsqu'une personne aura cessé de paraître à son domicile et que *depuis quatre ans on n'en aura plus eu de nouvelles*. » Ces derniers mots supposent, en effet, des nouvelles reçues, donc la loi s'en rapporte à la date de la réception. Cependant cette interprétation est généralement rejetée. On dit qu'elle conduit à cette conséquence absurde, que si la lettre écrite par l'absent n'arrivait à sa destination qu'après deux ans, on le réputerait vivant à une époque où il peut être mort depuis longtemps (3). L'absurdité est patente, mais cela suffit-il pour nous écarter du texte de la loi, en supposant qu'il ait l'évidence que Zachariæ y trouve? Nous avons plus d'une fois repoussé cette manière d'argumenter. Le texte nous oblige, il nous enchaîne; nous ne pouvons pas nous en écarter en démontrant que la loi est absurde, cela regarde le législateur et non l'interprète. C'est donc dans la loi qu'il faut chercher la solution de la difficulté. Est-il vrai qu'elle soit aussi évidente que Zachariæ le dit?

Il ne faut pas isoler les mots : « et que depuis quatre ans *on n'en aura pas eu de nouvelles*. » Le délai s'applique

(1) Comparez Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 58, n° 55.
(2) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. Ier, § 151, p. 295, note 4.
(3) Valette sur Proudhon, t. Ier, p. 271, note. Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 167.

aussi au cas où l'absent n'a jamais donné de ses nouvelles. Comment le compte-t-on en ce cas? L'article 115 dit : « Lorsqu'une personne aura *cessé de paraître* au lieu de son domicile ou de sa résidence. » Ainsi le délai court du jour de la disparition. Cependant il est plus que probable que l'absent n'a pas cessé de vivre au moment même où il s'est éloigné de son domicile. Pourquoi donc le délai de quatre ans court-il à partir de ce moment? Parce que c'est le dernier où la vie de l'absent soit réellement certaine. C'est par conséquent cet instant-là qui doit servir de point de départ. Eh bien, ce qui est vrai quand l'absent disparaît sans donner de ses nouvelles, doit l'être aussi quand l'absent écrit. C'est l'instant où il écrit qui est le dernier où son existence soit certaine. C'est donc de cet instant que le délai doit courir. L'article 120 confirme cette interprétation. Quand l'absence est déclarée, les héritiers présomptifs peuvent demander l'envoi en possession. Mais quels sont ces héritiers? La loi répond : Les héritiers de l'absent, *au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles*. Dans l'article 120, on a égard à la date des nouvelles; or, cette disposition est la suite de l'article 120; à vrai dire, les deux articles n'en font qu'un seul, et ce n'est que par un vice de rédaction qu'ils se trouvent séparés. Cela décide la question, nous semble-t-il. Il est impossible que l'expression *dernières nouvelles* ait un autre sens, dans l'article 120, que l'expression *qu'on n'en aura pas eu de nouvelles* dans l'article 115; donc c'est, dans tous les cas, la date qu'il faut considérer.

157. Qui peut demander la déclaration d'absence? L'article 115 répond : Les *parties intéressées*. Nous avons trouvé la même expression dans l'article 112, qui règle les mesures à prendre dans la première période de l'absence. Le sens est-il le même dans la deuxième période? Non, quoique l'expression soit identique, la signification est essentiellement différente. Tant que l'absence est seulement *présumée*, toutes les probabilités sont en faveur de la vie de l'absent, et le législateur se préoccupe exclusivement de ses intérêts. Dans la seconde période, au contraire, la longue durée de l'absence sans nouvelles fait

naître des doutes sur l'existence de l'absent; par suite, il y a des probabilités de mort. Dès lors le législateur a cru devoir donner ouverture à tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent. De là, l'envoi en possession provisoire. La déclaration d'absence est le préliminaire de cet envoi. Il est donc logique que tous ceux qui ont le droit de demander l'envoi aient aussi le droit de provoquer la déclaration d'absence. Voilà les *parties intéressées* dans la seconde partie de l'absence (1). On voit qu'il n'y a rien de commun entre les parties intéressées de la seconde période et les parties intéressées de la première.

158. Tel est le principe, nous allons en faire l'application. Les héritiers présomptifs sont les principaux intéressés, car ce sont eux qui peuvent demander l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent. Sous le nom d'héritiers, il faut comprendre les successeurs irréguliers. Les motifs sur lesquels sont fondés la déclaration d'absence et l'envoi provisoire ne laissent aucun doute sur ce point. Nous avons d'ailleurs un texte. « Si l'époux absent, dit l'article 140, n'a point laissé de parents habiles à lui succéder, l'autre époux pourra demander l'envoi en possession provisoire des biens. » Ce que la loi dit du conjoint s'applique par identité de raison aux enfants naturels et à l'Etat. Le conjoint a de plus un droit qui lui est spécial; s'il est commun en biens, il peut opter pour la continuation de la communauté. A ce titre encore, il est intéressé à provoquer la déclaration d'absence.

La loi n'appelle pas seulement les héritiers présomptifs à l'envoi provisoire, elle porte que « tous ceux qui avaient sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès, pourront les exercer provisoirement. » Tels sont, dit l'article 123, les donataires et les légataires. Par donataires le code entend les héritiers contractuels, auxquels l'absent a donné tout ou partie des biens qu'il laissera à son décès. Tels sont encore ceux qui sont appelés à une substitution permise dont l'absent est grevé, l'ascen-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Absents*, article 115, n° 2 (tome Ier, pages 48 et suiv.).



dant donateur, le donateur avec stipulation du droit de retour, le nu propriétaire d'un bien dont l'absent avait l'usufruit (1). Il y a cependant quelque doute pour toutes ces personnes; elles sont parties intéressées, en ce sens que la loi leur permet de demander l'envoi provisoire, pour lequel la déclaration d'absence est une condition préalable. Mais l'article 113 ne leur permet pas de demander l'envoi provisoire au même titre que les héritiers présomptifs; il semble exiger qu'avant tout les héritiers aient obtenu l'envoi provisoire; alors, dit-il, le testament sera ouvert, alors tous ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent pourront les exercer. N'est-ce pas dire que les héritiers présomptifs ont seuls l'initiative, et que les autres ayants droit doivent attendre que les héritiers aient provoqué la déclaration d'absence et demandé l'envoi provisoire? Cette interprétation restrictive de la loi est généralement repoussée, et avec raison. Pour ce qui regarde la déclaration d'absence, nous avons un texte : les *parties intéressées*, dit l'article 115, la peuvent provoquer. Voilà une expression générale qui comprend tous ceux dont la loi prend les intérêts en considération dans la seconde période de l'absence. Il suffit donc qu'une personne ait un droit subordonné à la condition du décès de l'absent pour qu'elle soit partie intéressée. Peu importe quand et sous quelles conditions elle exercera ce droit; elle est en tout cas intéressée à ce que l'absence soit déclarée, puisque sans déclaration d'absence elle ne peut obtenir l'envoi. En traitant de l'envoi provisoire, nous verrons qu'il faut aller plus loin et décider que ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent les peuvent exercer, alors même que les héritiers présomptifs ne demanderaient pas l'envoi. C'est une raison décisive pour leur donner le droit de provoquer la déclaration d'absence (2). La jurisprudence est en ce sens (3).

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 323, n° 419.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Absents* (t. Ier, p. 49 et suiv.). Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 172.
(3) Arrêt de la cour de Colmar du 26 juin 1823 (Dalloz, au mot *Absents*, n° 177).

Il se présente une autre question qui nous paraît bien plus douteuse. On demande si les cessionnaires des héritiers présomptifs peuvent provoquer la déclaration d'absence. La solution dépend du point de savoir si les héritiers peuvent céder leurs droits. Nous examinerons la question plus loin. Il nous reste à voir si les personnes qui sont parties intéressées dans la première période peuvent demander la déclaration d'absence. La négative nous semble évidente. Il s'agit des créanciers et du ministère public. Quant aux créanciers de l'absent, ils n'ont aucun intérêt à demander la déclaration d'absence, car cette déclaration n'est qu'un préliminaire requis pour que l'envoi puisse avoir lieu ; or, ils ne peuvent pas obtenir l'envoi ; pourquoi donc feraient-ils déclarer l'absence? Ils n'ont du reste besoin ni de la déclaration d'absence, ni de l'envoi en possession provisoire, puisqu'ils peuvent poursuivre l'exercice de leurs droits sans qu'il y ait envoi, et les mesures que le tribunal, à leur demande, prescrira pour l'administration des biens de l'absent suffisent pour sauvegarder leurs intérêts (1). Il est plus évident encore que le ministère public ne peut pas poursuivre la déclaration d'absence; son action n'aurait aucun but puisqu'elle n'aurait aucun résultat, le ministère public ne pouvant pas demander l'envoi, ni forcer les héritiers à le demander. Aussi le code dit-il (art. 114) que le ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes *présumées absentes*.

Aux termes de l'article 116, l'enquête qui se fait pour arriver à la déclaration d'absence doit avoir lieu contradictoirement avec le procureur du roi. Cela prouve que le ministère public, loin d'avoir la mission de provoquer la déclaration d'absence, est plutôt appelé à la combattre. Il doit veiller à ce que l'enquête se fasse avec impartialité, afin que la vérité se découvre; s'il croit que l'absent est encore en vie, il doit s'opposer à ce que l'absence soit déclarée. Il est toujours dans le rôle que

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 322, no 415.

lui trace l'article 114, puisqu'il veille à l'intérêt d'un présumé absent.

159. Quel est le tribunal compétent pour prononcer la déclaration d'absence? L'article 115 ne le dit pas. Au conseil d'Etat, le ministre de la justice dit que le tribunal du domicile doit être le juge de l'absence (1). Il faut ajouter: ou le tribunal de la résidence, si l'absent n'a pas de domicile ou si son domicile est inconnu. Tout le monde est d'accord; mais pourquoi le tribunal du domicile est-il seul compétent? Il y a des auteurs qui répondent : Parce qu'il s'agit d'une question d'état (2). En quoi l'état d'un absent est-il intéressé dans le jugement qui déclare l'absence? Défions-nous de ces grands mots qui ne disent rien à l'esprit. La raison pour laquelle le tribunal du domicile de l'absent intervient dans toutes les périodes de l'absence est très-simple. C'est l'application d'un principe général; tous les actes judiciaires ou extrajudiciaires qui intéressent une personne se font à son domicile. Pour l'absence, il en doit surtout être ainsi; c'est à son domicile que l'absent est connu, c'est là qu'il a ses relations, c'est là que l'on aura de ses nouvelles; c'est donc le juge du domicile qui, par la nature des choses, est le seul compétent pour déclarer l'absence.

160. Le code prescrit les formalités qui doivent être observées pour arriver à la déclaration d'absence. Il faut nous y arrêter, parce que ces mesures ont pour objet de garantir les intérêts de l'absent. L'article 116 dit que, pour constater l'absence, le tribunal, d'après les pièces et documents produits, ordonnera qu'une enquête soit faite contradictoirement avec le procureur impérial. On demande si le tribunal doit ordonner l'enquête, quand les pièces et documents lui donnent la conviction que l'absent vit encore et que par conséquent il peut revenir d'un instant à l'autre? Il est évident que non, et tout le monde est d'accord. En principe, le tribunal ne doit pas faire d'enquête lorsqu'il se trouve suffisamment éclairé. Mais faut-il conclure de là

(1) Séance du 24 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 222, n° 13).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 26, n° 20.

que le tribunal pourrait déclarer l'absence sans procéder à une enquête? Toute l'économie de la loi prouve le contraire. D'abord l'article 116 est conçu en termes impératifs : « le tribunal *ordonnera.* » Puis le tribunal ne peut pas déclarer immédiatement l'absence; il faut un intervalle d'un an entre le jugement qui a ordonné l'enquête et la déclaration. Donc il faut nécessairement qu'il intervienne un jugement qui ordonne l'enquête et, par suite, que l'enquête se fasse. Enfin ce jugement préparatoire doit être rendu public (art. 119 et 118). L'enquête est donc un élément essentiel de la procédure (1). Cela se conçoit. Elle fait connaître les causes de l'absence, les raisons qui la peuvent prolonger, les motifs que l'absent a de ne pas donner de ses nouvelles, les circonstances qui rendent sa mort probable; c'est d'après l'ensemble de ces faits que le juge décidera s'il y a ou non incertitude sur la vie de l'absent.

La loi veille à ce que l'enquête fournisse au tribunal tous les faits qu'il est possible de recueillir. Elle se fait partout où l'absent a un établissement; s'il a une résidence différente de son domicile, il y aura deux enquêtes; il y en aura trois, s'il a deux résidences. La loi veut que l'enquête se fasse contradictoirement avec le procureur du roi; elle prévoit que les héritiers qui provoquent la déclaration d'absence, ayant intérêt à la faire déclarer pour jouir des biens de l'absent, produisent des témoins ou complaisants ou ignorants, ce qui aboutirait à cacher la vérité au lieu de la révéler. Le ministère public veillera aux intérêts de celui qui n'est encore que présumé absent.

Ces doubles ou triples enquêtes n'impliquent pas que plusieurs tribunaux soient appelés à déclarer l'absence. Il pourrait en résulter des jugements contradictoires. C'est le tribunal du domicile qui seul ordonne l'enquête; s'il doit y en avoir une dans le ressort d'un autre tribunal, il lui adresse une commission rogatoire. C'est ainsi que le mi-

(1) Marcadé, t. Ier, p. 262, article 116, n° 1. Duranton, t. Ier, p. 329, n° 422. Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 188.

nistre de la justice a expliqué l'économie de la loi au conseil d'Etat (1).

L'enquête ne lie pas le juge. Alors même qu'elle établirait que depuis quatre ou dix ans une personne a disparu sans donner de ses nouvelles, cela n'obligerait pas le tribunal de déclarer l'absence. Aux termes de l'article 117, le tribunal, en statuant sur la demande, aura égard aux motifs de l'absence et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles de l'individu présumé absent. « Tel serait, dit Bigot-Préameneu, le projet que l'absent aurait annoncé de séjourner plusieurs années dans quelque contrée lointaine ; telle serait l'entreprise d'un voyage de terre ou de mer qui, par son objet ou par les grandes distances, exigerait un très long temps. Les juges pourront encore apprendre dans l'enquête si des causes particulières n'ont point empêché qu'on ne reçût des nouvelles de l'absent. Telles seraient la captivité, la perte d'un navire, ou d'autres événements qui pourront encore déterminer le tribunal à prolonger les délais (2). »

Le pouvoir discrétionnaire confié au juge souleva des réclamations au sein du conseil d'Etat. Bérenger remarqua que les lois qui laissent trop de latitude aux tribunaux engendrent l'arbitraire et dépouillent les citoyens de la garantie qu'une justice impartiale, immuable doit leur offrir. Par contre, répondit le premier consul, des lois qui enchaînent le juge et qui lui enlèvent toute liberté d'action produisent un inconvénient bien plus grave; elles forcent le juge à rendre des sentences que sa conscience réprouve, c'est-à-dire à porter des jugements injustes; il faut donc laisser une certaine latitude aux tribunaux, afin qu'ils puissent tenir compte des circonstances de la cause. Thibaudeau appuya les considérations présentées par le premier consul : l'absence, dit-il, ne comporte pas des règles aussi précises que les autres matières du droit civil; le législateur est obligé de se guider d'après des présomp-

(1) Séance du 24 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 222, n° 13). Comparez l'exposé des motifs de Bigot-Préameneu (Locré, tome II, page 254, n°s 14 et 15).

(2) Locré, *Legislation civile*, t. II, p. 254, n° 16.

tions fondées sur des probabilités. C'est dire que les faits jouent un grand rôle dans l'absence; or, les faits ne peuvent pas se réduire en principes immuables. Il faut donc laisser au juge le pouvoir de les apprécier (1). Cette remarque est décisive, à notre avis. Quand la loi peut poser une règle absolue, elle doit le faire; car il faut une loi qui lie le juge, si l'on veut une justice impartiale. Mais quand la règle absolue aboutirait à l'iniquité, alors il faut donner une certaine latitude au juge.

161. L'article 119 dit que le jugement de déclaration d'absence ne sera rendu qu'un an après le jugement qui aura ordonné l'enquête. Pour comprendre le but de cette disposition, il faut la rapprocher de l'article 118, aux termes duquel les jugements tant préparatoires que définitifs seront envoyés au ministre de la justice qui les rendra publics. La publicité est une garantie précieuse pour l'absent; elle lui apprendra, s'il vit encore, que ses héritiers présomptifs demandent la déclaration d'absence, afin d'obtenir l'envoi en possession provisoire de ses biens. Il pourra prévenir l'un et l'autre en donnant de ses nouvelles. C'est le premier consul qui insista au conseil d'État sur la nécessité de donner la plus grande publicité aux mesures tant préparatoires que définitives prescrites par les tribunaux. Sa proposition éprouva quelque résistance chez les légistes; d'après eux, les relations internationales étaient si actives, que la publication des jugements devenait une précaution inutile. Le premier consul répondit que l'absence supposait précisément des circonstances exceptionnelles, qu'il fallait par conséquent multiplier les moyens d'obtenir des nouvelles de l'absent (2).

Le code ne règle pas le mode de publicité. Bigot-Préameneu dit, dans l'Exposé des motifs, que le ministre de la justice emploiera non-seulement la voie des papiers publics, mais qu'il provoquera encore, dans les places de commerce, les correspondances avec toutes les parties du

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 frimaire an x (Locré, t. II, p. 234, n° 11).
(2) Séance du conseil d'Etat du 16 fructidor an ix (Locré, t. II, p. 214, n° 12).

globe. De cette manière, tous ceux qui sont en relation avec l'absent pourront donner de ses nouvelles, et l'absent lui-même pourra connaître, par la renommée, les conséquences fâcheuses de son long silence (1).

SECTION II. — De l'envoi en possession provisoire.

§ Ier. *Qui peut la demander.*

N° 1. DES HÉRITIERS PRÉSOMPTIFS

162. L'article 120 porte que les héritiers présomptifs de l'absent, au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, pourront, en vertu du jugement qui aura déclaré l'absence, se faire envoyer en possession provisoire de ses biens. Pourquoi la loi appelle-t-elle les héritiers présomptifs de cette époque plutôt que les parents qui sont héritiers lors de la déclaration d'absence? Au premier abord, on est tenté de dire que la loi implique une absurdité. En effet, envoyer en possession les héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, n'est-ce pas supposer que l'absent est mort le jour même où il a quitté son domicile, ou le jour où il a écrit sa dernière lettre? Voilà une présomption qui certes ne serait pas fondée sur une probabilité. Aussi n'est-ce pas une vraie présomption. Il fallait nécessairement fixer une époque; la loi, dans l'incertitude absolue où l'on se trouve sur le sort de l'absent, s'est décidée pour celle où il a donné le dernier signe de vie.

Par application du principe posé par l'article 120, il faut décider que les enfants conçus à une époque postérieure à la disparition ou aux dernières nouvelles ne peuvent pas obtenir l'envoi en possession provisoire. La conséquence, quelque évidente qu'elle soit, a été contestée; mais la jurisprudence s'est prononcée en ce sens; et

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 254, nos 13 et 17.

comment est-il possible d'hésiter un instant? Il faut être héritier lors de la disparition ou lors des dernières nouvelles; or, est-on héritier quand on n'est pas conçu, quand on n'existe pas (1)?

Quels sont les héritiers présomptifs qui peuvent demander l'envoi en possession? On entend par héritiers présomptifs ceux que la loi appelle à la succession; donc les parents dans l'ordre où ils succèdent, et, dans chaque ordre, les plus proches en degré, sauf le bénéfice de représentation. Si les plus proches héritiers ne se présentent pas, les autres pourront-ils obtenir l'envoi? L'affirmative ne souffre aucun doute. Si, régulièrement, les plus proches doivent être envoyés en possession, cela suppose qu'ils demandent l'envoi; mais c'est une faculté dont ils peuvent ne pas user; leur inaction ne doit pas empêcher les autres parents de se présenter. Car, ne l'oublions pas, la loi accorde l'envoi provisoire aux héritiers, moins dans leur intérêt que dans celui de l'absent; donc quand les plus proches négligent les intérêts de l'absent à ce point qu'ils ne demandent pas même l'envoi, d'autres parents doivent y être admis. Il ne faudrait pas conclure de là que les parents les plus proches qui n'ont pas demandé l'envoi soient exclus par les parents plus éloignés qui se sont présentés. Leur droit subsiste et ils peuvent toujours l'exercer, aussi longtemps qu'il n'y aura pas de prescription. On a jugé que l'héritier, égal en degré avec d'autres cohéritiers, qui n'a pas été partie au jugement, peut néanmoins obtenir l'envoi (2). Il y a identité de raison pour le cas où des parents plus éloignés en degré auraient obtenu l'envoi.

163. Que faut-il décider si les héritiers présomptifs du jour de la disparition ou des dernières nouvelles viennent à décéder? Transmettent-ils à leurs héritiers le droit

(1) Deux arrêts de la cour de Toulouse ont décidé la question en un autre sens; ils n'ont aucune autorité, en présence du texte formel de l'article 120. Voyez arrêt de la cour de cassation du 3 décembre 1834 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1835, 1, 135), et arrêt de Douai du 12 juillet 1856 (Dalloz, 1856, 2, 292).

(2) Arrêt de Bourges du 2 mars 1831 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 215); arrêt de Bruxelles du 22 juillet 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 188).



d'obtenir l'envoi en possession provisoire? Les auteurs admettent tous ce droit de transmission. Lors de la disparition de l'absent, ses héritiers présomptifs étaient deux cousins germains; l'un vient à décéder avant la déclaration d'absence, laissant des enfants; ceux-ci pourront demander l'envoi provisoire concurremment avec le cousin survivant, comme exerçant un droit qui leur a été transmis par leur père. S'ils ne jouissaient pas du droit de transmission, ils seraient exclus de l'envoi, puisqu'ils sont à un degré plus éloigné que le cousin germain de l'absent. Merlin fonde le droit de transmission sur l'ancienne jurisprudence et sur les principes du code civil. Trois arrêts du parlement de Paris ont admis la transmission. L'article 120 la consacre implicitement. « Que fait-il, en effet, en remontant au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, pour déterminer à qui doit être accordé l'envoi provisoire? Il décide, dit Merlin, que le droit de demander cet envoi a été acquis à l'héritier présomptif de cette époque; que l'héritier présomptif ne l'a pas perdu depuis par les changements survenus dans l'ordre de la parenté. Or, dès que ce droit est acquis à l'héritier présomptif du jour de la disparition, il faut bien qu'il soit transmissible aux héritiers de celui-ci (1). » Cette doctrine, suivie par tous les auteurs, est aussi appliquée par la jurisprudence (2). Nous admettons la décision, mais nous contestons le motif sur lequel elle se fonde. A notre avis, ceux qui sont envoyés en possession, comme succédant à l'héritier présomptif du jour de la disparition, tiennent leur droit de la loi et non du défunt.

Il y a de cela une preuve qui nous paraît irrésistible. L'héritier présomptif du jour de la disparition n'a pas de droit; dès lors il n'en peut transmettre aucun. Nous disons qu'il n'a pas de droit. En effet, la loi ne l'appelle pas à raison de son droit, mais à raison de l'intérêt qu'il a, comme propriétaire éventuel, à conserver les biens de l'absent. Cet intérêt n'est pas un droit, quoiqu'il se fonde sur un

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Absents*, article 120, n° 2 (t. Ier, p. 52 et s.).
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, nos 231-233.

droit éventuel. La loi elle-même nous le dit. Si l'absent laisse un conjoint commun en biens, celui-ci, en optant pour la continuation de la communauté, empêche l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent. Que devient alors le *droit* des héritiers présomptifs, droit que l'on prétend être dans leur patrimoine puisqu'ils le transmettent? Quoi! un droit est dans mon patrimoine, c'est-à-dire qu'il est ma propriété, et la loi permet de m'enlever ce droit sans indemnité aucune! Un pareil droit n'est pas un droit. A vrai dire, c'est une charge, charge que les héritiers présomptifs peuvent accepter ou répudier, charge qui leur est déférée dans l'intérêt de l'absent.

Pourquoi cette charge passe-t-elle aux successeurs des héritiers présomptifs? Nous l'avons dit; la loi devait s'arrêter à une époque pour déterminer quels seraient les parents auxquels on accorderait l'envoi en possession. Elle s'est décidée pour le jour de la disparition ou des dernières nouvelles. Dès lors elle ne pouvait pas avoir égard aux changements qui se feraient par la mort, entre cette époque et celle de l'envoi; car si elle en avait tenu compte, l'époque se serait trouvée changée; l'envoi aurait été accordé aux héritiers du jour de la déclaration d'absence, ou du jugement qui prononce l'envoi. C'est donc en vertu de la loi que les successeurs de l'héritier présomptif décédé sont envoyés en possession, et non en vertu d'un droit qu'ils tiennent de leur auteur.

Nous croyons que c'est d'après les mêmes principes qu'il faut décider si l'héritier présomptif peut céder son droit, s'il peut le léguer, si ses créanciers peuvent l'exercer. En traitant des droits des envoyés provisoires, nous reviendrons sur ces questions. Rappelons encore que sous le nom d'héritiers il faut comprendre les successeurs irréguliers. La loi le dit du conjoint de l'absent (art. 140). Il en est de même des enfants naturels et de l'Etat. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes sur ce point qui ne souffre pas le moindre doute (1).

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, nos 228, 229, 270. Comparez arrêt de Colmar du 18 janvier 1850 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1851, 2, 161).

N° 2. DE CEUX QUI ONT DES DROITS SUBORDONNÉS AU DÉCÈS DE L'ABSENT.

164. Nous avons déjà dit que ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent peuvent provoquer la déclaration d'absence comme parties intéressées. L'article 120 porte qu'ils peuvent exercer provisoirement leurs droits. C'est aussi un envoi en possession provisoire, et il est fondé sur les mêmes raisons que l'envoi provisoire des héritiers présomptifs. L'absent est intéressé à ce que ses biens soient administrés par ceux qui ont le plus grand intérêt à leur conservation. Or, il y a des biens qui n'appartiennent pas aux héritiers présomptifs : tels sont les biens auxquels est appelé le donataire par contrat de mariage. Il se peut même que les héritiers *ab intestat* soient entièrement exclus, s'il y a un donataire ou un légataire universel. Dès lors la loi ne pouvait pas borner l'envoi provisoire aux héritiers présomptifs ; c'eût été compromettre les intérêts de l'absent, qu'elle a pour but de sauvegarder. Voilà pourquoi il y a envoi provisoire dans tous les biens de l'absent.

165. Le principe est très-simple, mais l'application soulève de très-sérieuses difficultés. Elles résultent du texte de l'article 123. La loi paraît on ne peut pas plus claire. Elle ne met pas sur la même ligne les héritiers présomptifs et les autres ayants droit. Ce sont d'abord les héritiers présomptifs qui doivent demander l'envoi provisoire; après cela, le testament est ouvert, et les légataires, les donataires et tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent sont appelés à les exercer provisoirement. Telle est la marche qui doit être suivie régulièrement; tout le monde est d'accord sur ce point(1). Le texte est si formel qu'il ne laisse pas place à un doute. Mais quelle est la raison pour laquelle la loi subordonne l'exercice des droits du légataire, du donataire, à l'envoi en possession provisoire des héritiers présomptifs? Leurs droits

(1) Arrêt de la cour de Gand du 6 juillet 1833, sur les conclusions du procureur général (*Pasicrisie*, 1833, 196).

sont de la même nature, tous ne s'ouvrent qu'au décès ; pourquoi donc l'exercice des uns est-il subordonné à l'exercice des autres? Il y a plus : le droit du légataire, quand il est universel et qu'il n'y a pas de réservataires, domine celui des héritiers légitimes. Quant au droit du donataire, il est le plus fort, le plus certain de tous, puisqu'il est fondé sur un contrat, et qu'il ne peut lui être enlevé. Il se trouve donc que les droits les plus forts sont subordonnés à un droit qui peut être anéanti par ceux qui lui sont subordonnés. Cela semble souverainement illogique. Pour s'expliquer la marche prescrite par l'article 123, il faut se placer dans l'hypothèse que la loi prévoit, celle du concours des héritiers présomptifs et des autres ayants droit. Il y a des parents légitimes, il y a des légataires ou des donataires qui ne prennent qu'une partie de l'hérédité. Il est naturel que, dans ce cas, les héritiers présomptifs obtiennent d'abord l'envoi en possession, car ils sont les contradicteurs des légataires et des donataires. Il s'agit de conserver les biens de l'absent. Qui y a le plus grand intérêt? Evidemment ceux qui sont appelés à les recueillir, et qui les recueilleront tous si les legs et les donations tombent.

Mais si telle est la marche régulière que l'on doit suivre, est-ce à dire que si les héritiers présomptifs n'agissent pas, s'ils ne se font pas envoyer en possession, ils puissent empêcher par là l'exercice de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent? La jurisprudence et la doctrine se sont prononcées pour la négative. Ce qui a décidé les auteurs et les tribunaux, c'est qu'il y aurait absurdité, iniquité à paralyser les droits des donataires et des légataires par la négligence ou même le mauvais vouloir des parents légitimes. Si ceux-ci savent qu'il y a un contrat de mariage ou un testament qui les déshérite, ils se garderont bien de demander l'envoi provisoire, puisqu'ils n'y ont aucun intérêt. Dira-t-on que dans ce cas les donataires et les légataires ne pourront pas exercer leurs droits (1)? L'absurdité, l'iniquité seraient évidentes.

(1) Duranton, t. Ier, p. 324-326, n° 420. Marcadé, t. Ier, p. 271, n° 2.

Mais nous avons dit bien des fois que les arguments tirés de l'injustice de la loi sont à l'adresse du législateur; l'interprète n'a à considérer que le texte et l'esprit qui l'a dicté. Eh bien, nous croyons que le texte et l'esprit de la loi sont pour l'opinion générale.

Le texte dit : *Lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession provisoire*. Merlin remarque que cette disposition n'est pas conçue en termes restrictifs. Elle ne porte pas que l'exercice provisoire des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent *n'aura lieu que lorsque* les héritiers auront obtenu l'envoi provisoire. Elle dit seulement : « *Lorsque* les héritiers l'auront obtenu. » La différence est grande entre les deux locutions. Nous trouvons l'expression de l'article 123 dans l'article 46 : « *Lorsqu'il* n'aura pas existé de registres de l'état civil, les mariages, naissances et décès pourront être prouvés par témoins. » Quelle induction la jurisprudence a-t-elle tirée de cette rédaction? Elle en a inféré qu'à la vérité, la règle générale est que la preuve par témoins des faits de l'état civil ne peut être admise que dans les circonstances prévues par la loi; mais qu'il ne laisse pas d'y avoir des circonstances non prévues, où cette preuve doit être reçue (1). L'article 123 nous offre précisément la même construction que l'article 46 ; on doit donc l'interpréter de la même manière, c'est-à-dire décider que la loi prévoit les cas ordinaires, comme le législateur le fait le plus souvent : il ne s'occupe que de ce qui arrive communément. Mais quand, par exception, il se présente un cas où l'intérêt de l'absent exige que les donataires et les légataires puissent exercer leurs droits sans attendre que les héritiers présomptifs demandent l'envoi provisoire, il faudra le leur permettre. Le texte ne s'y oppose pas et l'esprit de la loi l'exige. Proudhon en a déjà fait la remarque. Pourquoi la loi organise-t-elle l'envoi en possession provisoire? Dans l'intérêt de l'absent, afin que ses biens soient administrés par ceux qui sont intéressés à les gérer avec soin. Si donc l'héritier présomptif n'agit pas,

(1) Voyez plus haut, p. 67-69, n° 47-48.

parce qu'il y a un contrat de mariage ou un testament, ce serait aller contre l'esprit de la loi que de suspendre l'exercice provisoire des droits des légataires et des donataires, puisqu'il en résulterait que les biens de l'absent resteraient sans cette administration vigilante que la loi a voulu établir ; l'envoi provisoire, que le législateur a organisé en sa faveur, tournerait contre lui (1).

Il y a cependant un motif de douter. Lors de la communication officieuse du titre III au Tribunat, les tribuns demandèrent la suppression du commencement de l'article 123, qui semble ne permettre l'exercice des droits subordonnés au décès de l'absent que lorsque les héritiers auront obtenu l'envoi provisoire. On lit dans les Observations de la section de législation du Tribunat : « Cet envoi peut ne jamais avoir lieu, puisqu'il est purement facultatif pour les héritiers. On ne peut renvoyer l'exercice d'un droit existant à l'époque d'un fait qui peut ne jamais arriver. Il a donc paru qu'on devait permettre l'exercice du droit après la déclaration d'absence (2). » On ne voit pas que le conseil d'Etat ait délibéré sur la proposition des tribuns ; toujours est-il qu'il ne l'a pas admise. En faut-il conclure qu'il l'a repoussée d'une manière absolue? Ce serait très-mal raisonner. L'article 123 n'était pas limitatif, et il ne l'est pas devenu par le rejet de la proposition du Tribunat. Cette proposition était mal conçue ; la règle générale posée par l'article 123 devait être maintenue, sauf à autoriser les juges à s'en écarter ; tandis que de l'exception le Tribunat faisait la règle, ce qui était peu logique. C'est sans doute pour cette raison que le conseil d'Etat n'adopta pas le changement de rédaction proposé par le Tribunat.

Viennent ensuite les rapports et les discours qui font naître de nouveaux doutes. Dans le rapport fait au Tribunat par Leroy, il est dit formellement que l'exercice des droits du légataire dépend de la volonté de l'héritier présomptif, qui peut, suivant ses intérêts, réclamer ou ne ré-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Absents*, article 123, n° 3 (t. Ier, p. 63 et s.). Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 299.

(2) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 245, n° 2.

clamer pas l'envoi provisoire; or, cet envoi est la condition nécessaire de l'ouverture du testament. Leroy justifie l'interprétation qu'il donne à l'article 123, par cette considération que le testament peut avoir été révoqué, que partant les droits moins précaires de l'héritier légitime doivent l'emporter (1). Mauvaise raison, car ce n'est pas sur une possibilité de révocation qu'il faut se fonder pour entraver le droit du légataire. Chose singulière, le rapporteur lui-même donne une excellente raison pour qu'il n'en soit pas ainsi. Il n'y a pas de différence, dit-il, entre les droits des héritiers présomptifs et ceux des donataires et légataires. Le droit de l'héritier légitime et celui de l'héritier testamentaire n'ont-ils pas une source commune et unique dans la loi qui les reconnaît? Un droit est quelque chose d'absolu qui n'admet pas du plus ou du moins. Cela est de toute évidence. Mais qui ne voit que cela ruine l'argumentation du rapport? Quoi! deux droits sont égaux, et vous subordonnez l'un à l'autre, au point d'en rendre l'exercice impossible! L'exercice de l'un devient la condition de l'exercice de l'autre! Il faudrait un texte bien positif pour accepter une pareille anomalie. Mais la loi dit-elle ce que Leroy lui fait dire? Non, elle n'établit pas de condition; elle prévoit seulement ce qui se fait dans les cas ordinaires, ce qui conduit à une conséquence bien différente.

Nous en dirons autant du discours de l'orateur du Tribunat. Huguet dit également qu'il y aurait injustice à priver les donataires et les légataires de la jouissance des biens qui leur sont dévolus; que puisqu'on envoie les héritiers présomptifs en possession provisoire, ce qui est pour eux une succession anticipée, il faut, par une conséquence nécessaire et juste, donner aussi aux légataires et donataires la jouissance de leurs legs et de leurs donations; mais il ajoute cette restriction : *dans le cas seulement de l'envoi en possession des héritiers* (2). Nous répétons que ces expressions restrictives ne se trouvent pas dans la loi; que les y mettre, c'est en altérer le texte et l'esprit.

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 264, n°s 11 et 12.
(2) Id., *ibid.*, p. 270, n° 12.

Aux rapports et discours des tribuns, nous opposerons les paroles de Bigot-Préameneu, l'orateur du gouvernement. Il met tous les ayants droit sur la même ligne, et il ne dit pas un mot d'où l'on puisse inférer que les uns soient subordonnés aux autres : « L'ouverture des testaments et leur exécution provisoire doivent être autorisées par les *mêmes motifs* qui font donner aux héritiers présomptifs la possession des biens. Le droit qu'ils tiennent de la loi et celui que les légataires tiennent de la volonté de l'absent ne doivent également s'ouvrir qu'à la mort; si donc, par l'effet de la déclaration de l'absence, le temps où la mort serait constatée est anticipé par l'envoi en possession des héritiers, il *doit l'être également* par une délivrance provisoire aux légataires. » Bigot-Préameneu ajoute : « Ces principes et ces conséquences s'appliquent à tous ceux qui auraient sur les biens de l'absent des droits subordonnés à son décès; ils pourront les exercer provisoirement (1). »

Tel est le vrai esprit de la loi. Notre conclusion est que tous les ayants droit peuvent exercer leurs droits, sans que les héritiers présomptifs aient demandé l'envoi provisoire. Nous disons *tous* les intéressés. On a voulu établir une différence entre les légataires universels et les légataires à titre universel ou à titre particulier, en refusant à ceux-ci l'exercice provisoire de leurs droits que l'on accorde aux premiers (2). Cela n'est pas logique. Au point de vue de l'ouverture du droit, il n'y a aucune différence entre les diverses espèces de legs; tous doivent être mis sur la même ligne. On ne peut pas se prévaloir de ce que le légataire universel a parfois la saisine, car la saisine n'exerce aucune influence en matière d'absence; les héritiers saisis doivent demander l'envoi en possession, aussi bien que les successeurs qui n'ont pas la saisine. Telle est aussi l'opinion généralement suivie (3).

La jurisprudence a consacré la doctrine que nous venons d'exposer. Un arrêt fortement motivé de la cour d'Orléans

(1) Exposé des motifs, dans Locré, t. II, p. 256, n° 22.
(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 271, n° 3.
(3) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 251.

a reproduit les arguments de Merlin et de Proudhon ; l'arrêt dit fort bien que les droits des donataires et des légataires s'ouvrent, non par l'envoi en possession des héritiers, mais par le seul fait de la déclaration d'absence. En effet, d'après l'article 115, cette déclaration peut être provoquée par tous les tiers intéressés autres que les héritiers ; elle peut donc être prononcée par le juge indépendamment de la demande des héritiers et même malgré leur refus. Or, dès que la déclaration d'absence existe, elle doit produire ses effets pour toutes les parties ; dès lors cette déclaration doit ouvrir tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent (1). Concevrait-on que la loi donnât aux légataires et aux donataires le droit de provoquer la déclaration d'absence sans le concours des héritiers et même malgré eux, et qu'ensuite elle leur refusât l'exercice provisoire de leurs droits, alors que la déclaration d'absence n'est qu'un préliminaire de l'envoi provisoire?

Il y a un arrêt de la cour de Gand qui semble moins explicite. La cour pose en principe que l'envoi en possession provisoire des héritiers doit précéder l'exercice provisoire des autres droits subordonnés à la condition du décès de l'absent. Cela est incontestable, puisque l'article 123 le dit. Mais la cour admet qu'il peut y avoir des circonstances où les ayants droit obtiennent l'exercice de leurs droits, sans qu'il y ait eu envoi provisoire. Seulement l'arrêt veut que, dans ce cas, l'action soit intentée contre les héritiers légitimes (2). Pour mieux dire, il convient que les héritiers soient mis en cause. Ils ne sont pas en possession, donc l'action ne peut pas être intentée contre eux ; mais ils sont les contradicteurs légitimes de tous ceux qui réclament des droits sur les biens de l'absent. Cela résulte sinon du texte, au moins de l'esprit de la loi.

(1) Arrêt du 25 juin 1835 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 248.
(2) Arrêt du 6 juillet 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 197).

§ III. *Sur quels biens porte l'envoi provisoire.*

166. L'article 120 dit que les héritiers présomptifs pourront se faire envoyer en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles. Cela implique que l'envoi ne comprend pas les droits qui pourraient s'ouvrir au profit de l'absent après sa disparition. Telle est, en effet, la théorie du code Napoléon, que nous exposerons plus loin. On suppose qu'une succession s'ouvre, à laquelle l'absent serait appelé, s'il était encore en vie. L'article 136 porte qu'elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut. La loi ajoute : *Si l'existence de l'absent n'est pas reconnue.* Ces mots s'appliquent, comme nous le verrons, à la présomption d'absence. Mais comme dans cette première période toutes les probabilités sont encore pour la vie de celui qui a quitté son domicile, il arrive souvent que les héritiers présents ne contestent pas l'existence de l'absent, et lui allouent une part dans les biens, laquelle est remise aux représentants de l'absent, au curateur nommé par le tribunal ou au notaire. Nous croyons que le notaire n'a aucune qualité pour exercer les droits de l'absent, à moins que le tribunal ne l'ait investi de ce pouvoir ; encore doit-il verser, en ce cas, les deniers à la caisse de consignation, comme nous l'avons dit. Si ensuite l'absence est déclarée, et si les héritiers présomptifs sont envoyés en possession, pourront-ils réclamer la part allouée à l'absent dans la succession? L'article 120 décide la question. Ces biens appartenaient-ils à l'absent au jour de sa disparition? Non, puisque la succession n'était pas encore ouverte. On ne peut pas dire que le partage lui ait transmis la propriété des biens mis dans son lot, car le partage ne fait que liquider des droits préexistants, il ne crée pas de droits nouveaux. Le partage suppose donc que l'absent a pu hériter, c'est-à-dire qu'il était encore en vie lorsque la succession s'est ouverte. Mais cette supposition est détruite par le jugement qui déclare

l'absence, et par l'envoi en possession des héritiers présomptifs. Ceux-ci n'ont aucune qualité pour demander les biens qui ont été provisoirement attribués à l'absent par le partage. En effet, l'envoi qu'ils ont obtenu se fonde sur une probabilité de mort, tandis qu'ils ne pourraient réclamer les biens dévolus à l'absent que s'il y avait certitude de vie. Leur réclamation serait donc en contradiction avec leur titre; c'est dire qu'elle est inadmissible (1).

167. Que faut-il entendre par biens *appartenant à l'absent* lors de sa disparition? Tous ceux qui sont dans son domaine, peu importe qu'il y ait un droit actuel ou éventuel. Un droit conditionnel est dans le domaine du créancier aussi bien qu'un droit pur et simple, puisqu'il passe à ses héritiers; or, les envoyés en possession provisoire sont héritiers; ils peuvent donc exercer ce droit. Il est encore de principe que celui qui a une action pour obtenir un bien est censé avoir le bien; les envoyés auront donc les actions en nullité, en rescision, en résolution qui appartenaient à l'absent. Enfin ils continueront la possession que l'absent avait commencée. Il n'y a aucun doute sur toutes ces décisions qui ne sont que l'application des principes généraux de droit (2).

Il en est de même des fruits échus ou perçus lors de la disparition de l'absent, et de ceux qui échoient ou sont perçus jusqu'au jugement qui prononce l'envoi en possession provisoire. Les premiers appartenaient incontestablement à l'absent. On ne peut pas dire que les autres lui appartiennent, parce qu'on ignore si, au moment de leur échéance ou de leur perception, il vivait encore. Mais peu importe. Les fruits sont un accessoire des biens; ils doivent donc être remis avec les biens à ceux qui obtiennent l'envoi en possession provisoire. La loi le dit formellement pour les héritiers présomptifs. « Il sera fait emploi des fruits échus, » porte l'article 126; ils sont donc remis aux envoyés, qui les capitalisent et en jouissent après cela comme des autres biens de l'absent (art. 127). Il en doit

(1) C'est l'opinion générale. Voyez Merlin, *Répertoire*, au mot *Absents*, article 120, n° 8 (t. Ier, p. 58).
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 357, n° 446.

être de même des fruits produits par les biens qui sont remis provisoirement aux donataires, aux légataires et à tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent, parce qu'il y a même motif de décider : les fruits suivent comme accessoire le principal. A première vue, on pourrait croire qu'ils doivent accroître le patrimoine de l'absent, d'où l'on pourrait conclure qu'ils sont remis avec ce patrimoine aux envoyés provisoires. En réalité, il n'en peut être ainsi; car ces fruits étant perçus ou échus après la disparition de l'absent, ne lui appartiennent pas à cette époque, donc ils ne sont pas compris, comme tels, dans l'envoi provisoire. S'ils sont remis aux héritiers présomptifs, c'est comme accessoires; or, les autres ayants droit obtiennent aussi l'envoi provisoire, ils doivent donc profiter des fruits au même titre (1).

§ III. *Effets de l'envoi provisoire.*

N° 1. OBLIGATIONS DES ENVOYÉS.

168. Aux termes de l'article 125, « la possession provisoire n'est qu'un *dépôt.* » Tous les auteurs remarquent que cette expression ne doit pas être prise au pied de la lettre. La chose est évidente. Est-ce qu'un dépositaire administre? Non, tandis que l'article 125 ajoute que ce dépôt donne à ceux qui l'obtiennent l'administration des biens de l'absent. Est-ce qu'un dépositaire a la jouissance des choses qui sont confiées à sa garde? Non, certes, tandis que les envoyés ont droit à une partie des fruits. Pourquoi donc les auteurs du code ont-ils employé une expression à laquelle eux-mêmes donnent un démenti? L'expression de *dépôt* a sa raison d'être, elle nous révèle la pensée fondamentale de la loi. Ce qui caractérise le dépôt, c'est que le dépositaire n'a qu'une charge, il n'a pas de droits; le contrat est fait uniquement dans l'intérêt du déposant. Il en est de même de l'envoi provisoire; il n'est

(1) C'est l'opinion générale. Voyez Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 90 et suiv., n[os] 86 et 87.

pas établi dans l'intérêt des envoyés, mais dans l'intérêt de l'absent. C'est ce que les travaux préparatoires nous ont appris, et c'est ce que marque énergiquement le mot de *dépôt*. Aussi la loi commence-t-elle par énumérer les charges qui sont imposées aux envoyés ; si elle leur accorde des droits, c'est parce qu'ils leur sont nécessaires pour leur mission d'administrateurs. Si elle leur donne une partie des fruits, c'est pour qu'ils consentent à se charger d'une gestion dont ils sont responsables. Conservons donc ce mot de *dépôt;* quoique inexact, il fait mieux connaître la pensée de la loi que les théories imaginées par les auteurs.

169. Le législateur savait très-bien que les envoyés provisoires ne sont pas de vrais dépositaires. Lui-même dit dans l'article 125 qu'ils ont l'administration des biens de l'absent. Ils sont donc essentiellement des administrateurs, c'est-à-dire des mandataires. De qui tiennent-ils leur mandat? Du tribunal qui les envoie en possession. Duranton a donc raison de dire que l'envoi est un mandat judiciaire (1). Il faut ajouter que la gestion des envoyés n'est pas gratuite, ils ont droit à une certaine quotité des fruits ; que l'on appelle cette jouissance un salaire ou non, toujours est-il que les envoyés ne sont pas des mandataires ordinaires. La remarque a de l'importance pour préciser la responsabilité qui leur incombe. L'article 1992 décide la question ; il dit que le mandataire répond non-seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Il ajoute que cette responsabilité est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. Comme les envoyés reçoivent une rémunération, il en faut conclure qu'ils sont soumis avec rigueur à la responsabilité qui pèse sur tout débiteur, en vertu de l'article 1137, lequel pose le principe que le débiteur est tenu de remplir son obligation *avec tous les soins d'un bon père de famille*. On sait que, dans le langage de l'école, cela s'appelle la faute légère *in abstracto* (2).

Au point de vue de la théorie, cette décision nous

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 393, n° 487.
(2) Id., *ibid.*, n° 489.

paraît très-contestable. Les auteurs comparent les envoyés provisoires aux héritiers bénéficiaires. Il est certain qu'il y a entre eux une grande analogie. Les uns et les autres administrent tous ensemble dans leur intérêt et dans celui des tiers intéressés; ils devraient donc être tenus de la même faute. Or, l'article 804 dit que l'héritier bénéficiaire n'est tenu que des fautes graves dans l'administration dont il est chargé. Faut-il en dire autant des envoyés provisoires? Le législateur aurait dû tenir compte de leur position spéciale, pour leur imposer une responsabilité moins rigoureuse que celle de l'article 1137; mais comme il ne l'a pas fait, il faut maintenir la règle posée par cet article, car elle est générale et doit être appliquée dans tous les cas où la loi n'y fait pas exception.

170. L'article 120 porte que les héritiers présomptifs pourront se faire envoyer en possession des biens de l'absent, à la charge de donner caution pour la sûreté de leur administration. Comme c'est surtout dans l'intérêt de l'absent que l'envoi provisoire est organisé, la loi devait prescrire des garanties qui lui assurent la restitution de ses biens, et les dommages-intérêts auxquels il pourra avoir droit contre les envoyés. La caution est aussi exigée de l'héritier bénéficiaire, si les créanciers le demandent (art. 807), quoique son droit soit certain, tandis que celui des envoyés n'est qu'éventuel; il suffit que l'héritier administre dans l'intérêt des créanciers pour que ceux-ci doivent avoir une garantie. Cette même obligation est imposée aux enfants naturels et au conjoint survivant, appelés à succéder quand il ne se présente pas d'héritiers légitimes (art. 771, 773). L'usufruitier doit aussi donner caution de jouir en bon père de famille (art. 601). C'est donc un principe général, que ceux qui administrent dans l'intérêt d'un tiers sont tenus de fournir caution. L'article 120 étant conçu en termes généraux, il faut décider, sans doute aucun, que les enfants mêmes de l'absent doivent donner caution, quand ils obtiennent l'envoi. Cela a été jugé ainsi pour l'enfant naturel (1). Puisque la caution est légale, il

(1) Arrêt d'Agen du 16 avril 1822 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*. n° 269).

faut appliquer les articles 2018 et suivants du code civil. Ainsi elle doit avoir la capacité de contracter, posséder des biens suffisants pour répondre de l'objet de l'obligation, et son domicile doit être dans le ressort de la cour d'appel.

171. Que fera-t-on si les héritiers envoyés en possession des biens de l'absent ne trouvent pas de caution? Delvincourt propose d'appliquer par analogie ce que le code décide en cas d'usufruit. Aux termes de l'article 602, les immeubles sont donnés à ferme ou mis en séquestre. Les deniers sont placés, les denrées vendues; l'article 603 ajoute que le propriétaire peut exiger que l'usufruitier vende les meubles. L'opinion de Delvincourt est assez généralement suivie (1); elle nous paraît cependant inadmissible. Quel est le but de l'envoi provisoire? C'est que l'administration des biens de l'absent soit confiée à ceux qui ont le plus d'intérêt à les gérer avec soin, puisqu'ils gèrent en quelque sorte leur propre patrimoine. Or, si l'on applique l'article 601, l'administration est enlevée aux héritiers, ce qui est en opposition directe avec le but de la loi. A vrai dire, il n'y a pas d'analogie entre l'usufruitier et l'envoyé en possession. Le premier a un droit réel sur la chose, il a un droit à la jouissance. On ne peut pas dire que l'envoyé ait un droit réel; si la loi lui donne une partie des fruits, c'est pour l'engager à se charger de l'administration. De là résultent des différences considérables en ce qui concerne la caution. L'usufruitier jouissant en vertu d'un droit réel, la loi devait lui maintenir sa jouissance, alors même qu'il ne trouve pas de caution, sauf à prescrire d'autres garanties en faveur du propriétaire. Les héritiers de l'absent, au contraire, n'ont aucun droit de jouissance; ils ont une obligation, celle d'administrer, et les fruits ne leur sont attribués que parce qu'ils administrent. Dès lors, il ne faut pas se préoccuper de leur droit, mais de l'intérêt de l'absent qui demande que la gestion appartienne aux héritiers, mais à la charge de donner caution. Nous

(1) Delvincourt, t. Ier, p. 46, note 9. Demolombe, t. II, p. 95, n° 93. Zachariæ, t. Ier, p. 298, note 6.

aboutissons à cette conséquence, qu'il n'y a pas lieu d'appliquer les articles 601 et 602 en matière d'absence. Reste à savoir ce qu'il faut faire. Nous croyons, avec Merlin, que les héritiers envoyés en possession, qui ne trouvent pas de caution, ne pourront pas obtenir l'administration; il y aura donc lieu de maintenir les mesures prescrites pendant la présomption d'absence, jusqu'à ce qu'il se présente un autre héritier qui fournisse caution (1). Il faut néanmoins apporter une restriction à cette décision. Aux termes de l'article 2041, celui qui ne peut pas trouver une caution est reçu à donner à sa place un gage en nantissement suffisant. L'envoyé peut invoquer le bénéfice de cette disposition. A plus forte raison, sera-t-il admis à fournir une garantie hypothécaire (2).

172. L'article 126 établit encore une autre garantie en faveur de l'absent; il porte : « Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire devront faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en présence du procureur impérial ou d'un juge de paix requis par ledit procureur impérial. » L'inventaire est une mesure prescrite par la loi, dans tous les cas où les biens d'une personne sont gérés par un administrateur. Ceux qui doivent donner caution doivent aussi faire inventaire, l'usufruitier, l'héritier bénéficiaire, les successeurs irréguliers. La loi impose même cette obligation à ceux qu'elle dispense du cautionnement : tels sont les tuteurs (article 451), les maris administrateurs et usufruitiers des biens de leurs femmes (articles 1533, 1562). L'envoyé en possession est comptable (article 125); l'inventaire est la base du compte qu'il doit rendre. L'envoyé doit restituer les biens; l'inventaire est une garantie indispensable pour la restitution du mobilier et des titres, qu'il serait facile de détourner si la consistance n'en était constatée par un acte authentique.

173. L'article 126 ajoute : « Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire pourront requérir, *pour leur sûreté* qu'il

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Absents*, article 120, n° 5 (t. Ier, p. 57).
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 384, n° 473.

soit procédé, par un expert nommé par le tribunal, à la visite des immeubles, à l'effet d'en constater l'état. Son rapport sera homologué en présence du procureur impérial. » *Pour leur sûreté*, dit la loi. Comment faut-il entendre cette disposition? On l'interprète généralement en ce sens qui si les envoyés ne font pas procéder à cette expertise, ils sont présumés avoir reçu les immeubles en bon état, et répondent par conséquent des dégradations que ces biens auront subies, sauf à prouver que les détériorations ne proviennent pas de leur fait. Le code le décide ainsi en matière de bail. « S'il n'a pas été fait d'état des lieux, dit l'article 1731, le preneur est *présumé* les avoir reçus en bon état de réparations locatives, et doit les rendre tels, sauf la preuve contraire. » On applique cette disposition par analogie à l'absence. M. Demolombe, tout en se rangeant à l'opinion générale, donne une excellente raison contre cette opinion : c'est qu'il n'y a pas d'analogie entre le preneur et l'envoyé provisoire (1). Sur quoi est fondée la présomption établie par l'article 1731? Sur l'article 1720, qui oblige le bailleur à délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce. Est-ce que par hasard l'envoyé a aussi action pour que les biens lui soient délivrés en bon état de réparations? Non-seulement il n'a aucune action, mais de fait il recevra presque toujours les immeubles en mauvais état. En effet, quand l'envoi est-il prononcé? Après cinq ans ou onze ans d'absence, ce qui équivaut presque à autant d'années d'abandon. Sans doute, le tribunal prescrira les mesures nécessaires pour la conservation des biens; mais le législateur lui-même n'a pas confiance dans cette gestion, il se défie surtout des curateurs; voilà pourquoi il les remplace par les héritiers présomptifs. Il est donc plus que probable que les biens seront dans un mauvais état lors de l'envoi provisoire. Et l'on veut que le législateur présume que les envoyés les auront reçus en bon état!

Nous allons plus loin; à notre avis, l'opinion généralement suivie repose sur une erreur de droit. L'article 1731

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 99, n° 98.

établit une présomption, donc une présomption légale. Peut-on étendre les présomptions légales? Non, qu'il y ait analogie ou qu'il n'y en ait pas, il est de principe que les présomptions légales sont de stricte interprétation ; et la raison en est très-simple : c'est au législateur à voir s'il lui convient d'établir une présomption, c'est à lui à peser les probabilités sur lesquelles elles reposent. Donc pas de présomption sans texte. Cela est aussi fondé en raison. Les présomptions dérogent aux principes généraux sur les preuves ; elles dispensent de toute preuve celui au profit duquel elles existent (art. 1352). Que ferait donc l'interprète en étendant les présomptions par voie d'analogie? Il dispenserait de la preuve celui qui doit la fournir, et la rejetterait sur la partie adverse. Le législateur seul peut établir ces exceptions au droit commun ; quand l'interprète le fait, il sort des limites de sa mission, il fait la loi. Si nous insistons sur ce point, c'est qu'à chaque instant les auteurs créent des présomptions en les étendant par voie d'analogie. Notre conclusion est que l'on ne peut pas appliquer aux envoyés en possession la présomption que la loi établit contre le preneur.

On nous demandera quel est donc le but de l'article 126, en permettant aux envoyés de faire une expertise pour leur sûreté? Bigot-Préameneu répond à la question. « Les héritiers, dit-il, devront, s'ils veulent éviter pour l'avenir des procès sur l'état dans lequel les biens leur auront été remis, le faire constater (1). » Ainsi le but est de prévenir les procès. Si un procès s'élève, la preuve se fera, non par voie de présomption, puisqu'il n'y en a pas, mais d'après les principes généraux.

174. Qui supporte les frais que les héritiers présomptifs font, depuis la déclaration d'absence jusqu'à l'envoi en possession? Les avis sont très-partagés sur ce point. Un arrêt de la cour de Colmar a mis les frais à charge des envoyés; d'abord parce que ce sont eux qui en profitent, ensuite parce qu'ils reçoivent, à titre d'indemnité, une part considérable des fruits. Cette opinion n'a pas

(1) Exposé des motifs, dans Locré, t. II, p. 256, n° 21.

trouvé faveur : elle heurte tous les principes. Il n'est pas exact de dire que l'envoi se fait dans l'intérêt des envoyés; au contraire, il a été dit et répété dans les discussions, dans les rapports et les discours, que l'envoi est établi dans l'intérêt de l'absent. Quant aux fruits, ils sont accordés aux héritiers, non pour les indemniser des frais qu'ils font, mais pour les engager à se charger d'une gestion dont personne n'aurait voulu si la loi n'y avait attaché un avantage. Il y a des auteurs qui partagent les frais, mais cela est tout à fait arbitraire. M. Demolombe a raison de dire que la question est décidée par le texte et par les principes (1). Que sont les envoyés? Des mandataires; or, d'après l'article 1999, le mandant doit rembourser au mandataire les avances et *frais* que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat. Vainement objecterait-on que les envoyés jouissent des fruits; nous avons répondu d'avance, et l'article 1999 nous fournit une nouvelle réponse : il ajoute que le mandataire a droit aux frais, alors même qu'il est salarié. Rien de plus juste. Les envoyés reçoivent une espèce de salaire ou de récompense; s'ils devaient payer les frais, on leur enlèverait une partie des fruits que la loi leur donne. Il y a un texte qui lève tout doute. L'article 126 porte que les frais de l'expertise des immeubles seront pris sur les biens de l'absent; et la loi venait de dire que cette visite se fait pour la *sûreté* des envoyés. Si la loi met à charge de l'absent des frais qui se font dans l'intérêt des envoyés, à plus forte raison doit-il supporter ceux qui se font dans son intérêt. En définitive, la loi applique le principe du mandat; elle décide donc la question, et l'on a lieu de s'étonner qu'elle soit controversée.

N° 2. POUVOIR D'ADMINISTRATION.

175. L'article 125 pose le principe que la possession provisoire donne à ceux qui l'obtiennent l'administration des biens de l'absent. Ils ont donc le droit de faire les actes que les administrateurs peuvent faire, d'après les

(1) Demolombe, t. II, p. 100, n° 99. Duranton, t. Ier, p. 386, n° 476.

principes généraux de droit. Quels sont ces actes? La question n'est pas sans difficulté, même pour ce qui concerne les principes généraux; elle se complique encore quand on applique les principes aux envoyés provisoires. C'est la raison pour laquelle nous nous arrêtons sur cette matière : elle est fondamentale.

Il y a des actes que tout administrateur peut et doit faire, ce sont les actes conservatoires. C'est plus qu'un droit, c'est une obligation. Les envoyés doivent donc faire toutes les réparations : nous dirons plus loin quelles sont celles qu'ils doivent payer, quelles sont celles qu'ils peuvent porter en compte à l'absent. Recevoir les capitaux, les remboursements de rente, en donner décharge, est encore un acte que les administrateurs, en général, peuvent faire, sauf les précautions que la loi prend quand il s'agit d'incapables (1). Au titre de l'Absence, le code ne limite pas les pouvoirs des envoyés en ce point; la caution sert de garantie à l'absent.

176. Passer des baux est aussi un acte d'administration. Mais ici il y a déjà difficulté. Dans la théorie générale du code, les baux ne sont considérés comme actes d'administration que lorsqu'ils ont la durée ordinaire de neuf ans; quand ils dépassent ce terme, ils sont assimilés aux actes de disposition et, par suite, les administrateurs n'ont pas le droit de les faire. Le code applique ce principe à l'usufruitier (art. 595), au tuteur (art. 1718), au mineur émancipé (art. 481), au mari administrateur des biens de sa femme (art. 1429 et s.). Faut-il l'appliquer aussi aux envoyés en possession? C'est l'avis de Duranton; il enseigne que le bail consenti pour plus de neuf années ne serait pas obligatoire pour l'absent, s'il venait à reparaître (2). Nous nous rangeons à cette opinion. Il résulte des dispositions que nous venons de citer, que les auteurs du code Napoléon ont suivi un principe général en ce qui concerne la durée des baux; il n'y a pas un seul cas dans lequel un administrateur ait le pouvoir de faire des baux

(1) Code Napoléon, article 482. Loi hypothécaire belge, du 16 décembre 1851, articles 55-57.

(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 394, n° 490.

qui dépassent neuf ans. Puisque le principe est général, il faut l'appliquer à tous les administrateurs, donc aussi aux envoyés. Zachariæ dit que les envoyés peuvent passer des baux pour une durée excédant neuf années (1); mais il ne donne aucune raison de cette exception qu'il apporte à un principe général. Pour mieux dire, il faudrait un texte pour que l'interprète pût admettre une exception. M. Demolombe commence par établir le vrai principe, puis, d'après son habitude, il recule devant les conséquences, et finit par subordonner le droit au fait. Si, dit-il, le bail était fait de bonne foi, si des motifs légitimes expliquaient sa durée, les tribunaux pourraient trouver dans ces circonstances des motifs de le maintenir (2). Eh! qu'importe que le bail soit fait de bonne foi, si celui qui l'a passé n'avait pas le droit de le souscrire? Qu'importe que les circonstances légitiment la longue durée d'un bail, si la loi ne l'autorise pas? Sont-ce les faits qui régissent le droit, ou est-ce le droit qui régit les faits? C'est la ruine de la science que de plier le droit devant les faits, alors que le devoir de l'interprète est d'appliquer aux faits le droit tel que le législateur le formule. Sans doute, les tribunaux subissent l'influence des faits, il suffit de parcourir un recueil d'arrêts pour s'en convaincre. Le juge n'est que trop enclin à faire violence au droit pour l'accommoder à la cause; il ne faut pas que la science l'y encourage, elle doit maintenir les principes, sinon elle abdique.

177. L'article 126 porte que le tribunal ordonnera, *s'il y a lieu*, de vendre tout ou partie du mobilier. Pourquoi la loi dit-elle : *s'il y a lieu?* L'esprit de la loi est que le tribunal prenne en considération l'intérêt de l'absent. Il est, en général, intéressé à ce que son mobilier soit vendu, car si les envoyés s'en servent, l'absent, à son retour, trouvera un mobilier usé, déprécié; tandis que si les meubles sont vendus, le prix en est placé, et l'absent en récupérera toute la valeur. Cependant il n'en est pas ainsi pour les collections de sciences ou d'art. Ici l'intérêt des envoyés est en opposition avec celui de l'absent. Les envoyés vou-

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. Ier, § 54, p. 304.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p 104, n° 105.

draient vendre, pour profiter du capital, souvent considérable, que représentent les bibliothèques, les tableaux et les statues ; tandis que l'absent serait désolé s'il ne retrouvait point des collections qui lui tiennent à cœur. Voilà pourquoi le tribunal intervient.

Que faut-il décider des meubles dont le tribunal n'a pas ordonné la vente? Les envoyés provisoires peuvent-ils les vendre? La question est controversée; elle est difficile et importante, car elle touche à toutes les parties du droit civil. On ne s'entend pas même sur l'intérêt de la question. Si les envoyés aliènent des objets mobiliers, quel sera l'effet de la vente, en supposant qu'ils n'aient pas le droit de vendre? On répond d'ordinaire que l'absent ne pourra pas revendiquer, parce que, en fait de meubles, possession vaut titre (art. 2279). Il est certain que l'absent ne peut pas agir par voie de revendication, puisque l'article 2279 ne permet pas de revendiquer des objets mobiliers; mais il le peut, du moins, si les possesseurs sont de mauvaise foi; il le peut encore s'il s'agit de meubles incorporels, puisque l'article 2279 ne s'applique qu'aux meubles corporels. Là n'est pas la difficulté. Il s'agit de savoir si l'absent peut demander la nullité de la vente. Il est partie au contrat, puisque ce sont ses mandataires qui vendent. En supposant qu'ils n'aient pas le droit de vendre, l'absent ne pourrait-il pas agir en nullité? Il n'est pas tenu, aux termes de l'article 1998, de ce que le mandataire fait au delà de ses pouvoirs. Cela veut dire qu'il n'a pas besoin d'en demander la nullité; il ne pourrait donc agir que comme propriétaire, c'est-à-dire revendiquer; or il ne le peut.

On demande si l'acheteur a le droit de demander la nullité de la vente. Il faut lui reconnaître ce droit, en vertu de l'article 1599, qui déclare nulle la vente de la chose d'autrui. Vainement dit-on que cet article n'est pas applicable en matière d'absence, puisqu'il est possible que l'héritier qui vend soit propriétaire. Notre réponse est dans la loi : les héritiers ne sont qu'administrateurs, donc ils ne sont pas propriétaires; ils vendent donc ce qui ne leur appartient pas, c'est-à-dire la chose d'autrui. Enfin, on demande si le vendeur n'a pas le droit d'agir en nullité,

en vertu de l'article 1599. On lui oppose l'adage que celui qui doit la garantie ne peut pas évincer. Mais cet adage est-il applicable quand l'action en nullité est fondée sur un défaut de qualité du vendeur? Il y a un texte qui prouve le contraire. Le mari, sous le régime dotal, est administrateur des biens dotaux de la femme; ces biens sont inaliénables. Si le mari aliène un immeuble dotal, il peut néanmoins demander la nullité, aux termes de l'article 1560, quoiqu'il reste tenu de la garantie. La position des envoyés provisoires est identique; ils sont aussi administrateurs des biens de l'absent, et ces biens ne peuvent pas être aliénés. S'ils les aliènent, ils doivent avoir le droit, dans l'intérêt de l'absent, d'agir en nullité. Eux-mêmes y sont intéressés; car si l'absent revient, ils seront tenus à des dommages-intérêts, comme ayant fait une aliénation qu'ils n'avaient pas le droit de faire.

Il est vrai que la position des envoyés diffère de celle des autres administrateurs; ils administrent un patrimoine qui deviendra probablement le leur, qui peut-être l'est déjà. Se fondant sur cette probabilité, un auteur français pose comme principe que les envoyés en possession provisoire sont propriétaires, sous la condition suspensive que la vie de l'absent restera au moins incertaine jusqu'à l'envoi en possession définitif; d'où il conclut que les actes qu'ils passent en qualité d'administrateurs sont, *aux yeux de la loi*, lorsque cette condition se réalise, réputés faits par des propriétaires proprement dits; ce qui implique que les parties n'en peuvent pas demander la nullité (1). *Aux yeux de la loi*, les envoyés seraient propriétaires sous condition suspensive! Et la *loi* les qualifie de *dépositaires!* Défions-nous des conditions suspensives imaginées par la doctrine pour le besoin d'une cause. Sans doute, si l'envoi provisoire est suivi de l'envoi définitif, les envoyés seront considérés comme propriétaires, mais seulement à partir de l'envoi. Après cet envoi, ils ne pourront plus demander la nullité des actes qu'ils auront faits pendant la seconde période de l'absence, puisque désormais ils sont sans intérêt;

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 225.

mais inférer de là qu'ils ne le peuvent pas pendant l'envoi provisoire, c'est aller contre la disposition expresse de la loi.

178. Tel est l'intérêt de la question de savoir si les envoyés en possession provisoires peuvent aliéner les meubles de l'absent. Merlin soutient qu'ils ont ce droit. Il avoue que l'article 126 semble dire le contraire, puisque c'est le tribunal qui ordonne, *s'il y a lieu*, de vendre tout ou partie du mobilier. Si c'est le tribunal qui décide s'il y a lieu de vendre, comment les envoyés auraient-ils ce droit? Comment l'auraient-ils, alors que la loi les qualifie de dépositaires? Merlin oppose l'article 128 aux articles 126 et 125; il porte que ceux qui ne jouiront qu'en vertu de l'envoi provisoire, ne pourront aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent. La loi ne leur défend que d'aliéner les *immeubles* de l'absent; n'est-ce pas leur permettre d'aliéner les meubles? Merlin lui-même n'est pas satisfait de cet argument. Si l'article 128 était le seul texte à considérer, dit-il, on en devrait inférer que les immeubles de l'absent sont les seuls biens dont l'aliénation soit interdite à l'envoyé en possession provisoire. Mais il doit être combiné avec les articles 125 et 126; et ne résulte-t-il pas de leur combinaison que, si l'article 128 ne parle que des immeubles, c'est parce que l'article 126 a déjà statué sur les meubles, et que l'article 125 défend en principe aux envoyés de faire des actes de propriétaire, vu qu'ils ne sont que dépositaires? Merlin s'attaque donc aux articles 125 et 126. Il écarte l'article 125, d'après lequel l'envoi provisoire ne serait qu'un *dépôt*, parce que la loi elle-même dit que les envoyés sont plus que dépositaires, qu'ils sont administrateurs. Il faut donc voir si, comme administrateurs, ils peuvent aliéner les meubles. Merlin invoque le droit romain, qui permettait au tuteur de vendre tous les meubles du pupille qui n'étaient pas rangés dans la classe des effets précieux. S'il en est ainsi, l'article 126 n'empêche pas les envoyés de vendre; ils peuvent invoquer l'article 128, qui leur défend seulement d'aliéner les immeubles de l'absent (1).

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Absents*, articles 125 et 126 (t. Ier, p. 66).

La jurisprudence française s'est prononcée en ce sens (1), ainsi que la plupart des auteurs. On reconnaît même aux envoyés le droit d'aliéner les meubles incorporels, par la singulière raison qu'ils sont chargés par l'inventaire du montant de toutes les créances (2). Ainsi on tourne contre l'absent une garantie que la loi établit en sa faveur! Nous croyons, avec Duranton et M. Demolombe, que les textes et les principes décident la question contre les envoyés provisoires (3). La cour de Liége a consacré cette doctrine (4). Elle a décidé qu'en principe les envoyés ne peuvent pas aliéner les meubles de l'absent. L'article 126, quoi qu'en dise Merlin, implique que les envoyés sont tenus de conserver les meubles dont le tribunal n'ordonne pas la vente. Cela résulte à l'évidence de l'esprit de la loi. Si la loi fait intervenir le tribunal, c'est précisément pour empêcher les envoyés d'aliéner des meubles que l'intérêt de l'absent exige de conserver. Or, dès qu'il y a obligation pour les envoyés de conserver les meubles, l'on ne peut plus invoquer l'article 128; cet article ne parle que des immeubles, par l'excellente raison que l'article 126 avait réglé tout ce qui concerne les meubles. Après tout, l'article 128, sur lequel Merlin insiste tant, ne lui fournit qu'un argument *a contrario*, le plus mauvais des arguments quand il est en opposition avec les principes. Le débat doit donc se concentrer sur ce point indiqué mais non résolu par Merlin : est-ce qu'en principe les administrateurs peuvent aliéner les meubles?

179. Nous commençons par écarter du débat le droit romain. On ne peut pas invoquer les dispositions des lois romaines sur le pouvoir du tuteur, parce que la tutelle romaine reposait sur de tout autres principes que la nôtre. Dans le droit ancien, le tuteur était en quelque sorte réputé propriétaire du patrimoine de l'impubère; il pouvait librement aliéner à titre onéreux, il pouvait même faire les pré-

(1) Arrêt de la cour de Paris du 27 avril 1814 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 297).
(2) De Moly, *Traité des absents*, n°s 468, 472.
(3) Duranton, t. Ier, p. 391, n° 485. Demolombe, t. II, p. 110 et suiv., n° 112.
(4) Arrêt du 8 janvier 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 111; Dalloz, *Recueil périodique*, 1848, 2, 99).

sents d'usage; il lui était seulement interdit de faire des donations. Cette faculté d'aliéner fut successivement restreinte, mais le droit nouveau resta imbu de l'esprit de l'ancien droit; les jurisconsultes posent toujours en principe que le tuteur, en tant qu'il s'agit de pourvoir aux intérêts de l'impubère, doit être considéré comme propriétaire (1). Le code civil ignore ce principe; pour mieux dire, il pose le principe contraire, en ne donnant au tuteur qu'un pouvoir d'administration, et en le soumettant, pour tous les autres actes, à l'autorité du conseil de famille et du tribunal. Il faut donc mettre le droit romain hors de cause et décider la question d'après les principes du droit moderne.

Qui a le droit d'aliéner? L'article 544 du code Napoléon répond. Le propriétaire. En effet, il définit la propriété le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue. Le droit de disposer ou d'aliéner est donc un des attributs de la propriété. N'est-ce pas dire que le propriétaire seul a le pouvoir d'aliéner sa chose? Dès lors l'administrateur ne peut pas avoir ce droit. Quel serait son titre pour disposer de la chose qu'il administre? Il doit la restituer à celui dont il gère les biens; étant tenu de restituer, comment pourrait-il aliéner? Tout le monde convient qu'il en est ainsi des immeubles; l'administrateur, comme tel, ne peut jamais les aliéner. Pourquoi ne le peut-il pas? Parce qu'il faut être propriétaire pour aliéner Si l'administrateur ne peut aliéner les immeubles, parce qu'il n'est pas propriétaire, par identité de raison, il ne peut aliéner les meubles. Où serait la raison de différence? De raison juridique, on en chercherait vainement. Il n'y a qu'une raison, disons mieux, un préjugé de fait. Dans l'ancien droit, on disait: *vilis mobilium possessio*. Dit-on encore aujourd'hui que les biens mobiliers sont chose vile, alors que la richesse mobilière est illimitée, tandis que la richesse immobilière n'est pas susceptible de cet accroissement infini?

Reste à savoir si le législateur moderne a consacré les

(1) L. 27, D., XXVI, 7 : « Tutor qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet. » Comparez Namur, *Cours d'Institutes*, t. Ier, p. 123.



préjugés de l'ancien droit. La question devient une question de textes. Il est très-vrai que la doctrine traditionnelle a laissé des traces dans notre code. Il permet au tuteur d'intenter les actions mobilières de son pupille; il ne lui permet pas d'intenter les actions immobilières (article 464). De même, le mari administrateur des biens de sa femme peut exercer seul toutes les actions mobilières (art. 1428); la loi ne lui donne pas le droit d'intenter les actions immobilières. Faut-il induire de là que l'administrateur a le droit d'aliéner les objets mobiliers? Une disposition traditionnelle n'est pas un principe; cette disposition n'a plus de raison d'être dans notre société industrielle et commerçante. Dès lors, il faut la renfermer dans les limites précises que les textes lui assignent. C'est par exception aux vrais principes que les administrateurs ont les actions mobilières; or, toute exception est de stricte interprétation. Certes, s'il n'y avait pas de texte, on ne leur reconnaîtrait pas le droit d'exercer les actions mobilières. Il faut donc aussi un texte pour leur donner le droit d'aliéner les meubles. Ce texte, nous le cherchons vainement. Parcourons les divers cas prévus par le code civil.

Nous venons de discuter les articles du code sur l'absence. Qu'on leur donne telle interprétation que l'on voudra, toujours est-il que la loi ne dit pas que les envoyés provisoires peuvent aliéner les meubles, en leur qualité d'administrateurs. C'est le tribunal qui est appelé à décider *s'il y a lieu* de vendre. Voilà un premier texte qui témoigne contre les administrateurs plutôt que pour eux. Au titre de la Tutelle, il y a une disposition analogue. L'article 452 porte que le tuteur *fera* vendre *tous* les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature. On ne dira pas que cet article donne au tuteur le droit de vendre les meubles du mineur; il lui en fait une obligation, et une obligation n'est pas un droit. Il est vrai que les auteurs enseignent que le tuteur a le droit de vendre les effets mobiliers: nous examinerons cette doctrine au titre de la Tutelle. Pour le moment, il ne s'agit que des textes; le mineur

émancipé est aussi administrateur; peut-il aliéner ses meubles? La loi est muette; son silence implique-t-il un droit? Nous traiterons la question en son lieu. Comme il n'y a pas de texte, nous passons outre. L'héritier bénéficiaire est chargé d'administrer les biens de la succession, dit l'article 803; a-t-il, comme tel, le droit de vendre le mobilier héréditaire? Aux termes de l'article 805; il ne peut vendre les meubles que dans les formes voulues par la loi : c'est encore une obligation et non un droit. Le mari administrateur des biens de la femme ne peut aliéner ses immeubles, dit l'article 1428; la loi ne dit rien des meubles, par l'excellente raison que la femme sous le régime de la communauté légale n'a pas, sauf de rares exceptions, de meubles propres; donc silence de la loi. L'article 1449 porte que la femme séparée de biens peut disposer de son mobilier et l'aliéner. Ce texte qui, à première vue, paraît décider notre question, au moins dans un cas, y est réellement étranger. En effet, la femme est plus qu'administratrice, elle est propriétaire; comme propriétaire, elle peut aliéner non-seulement ses meubles, mais aussi ses immeubles; la seule difficulté est de savoir si elle a besoin de l'autorisation de son mari pour aliéner; le code décide la question par une distinction : il exige l'autorisation pour les immeubles, il ne l'exige pas pour les meubles. Pourquoi la femme peut-elle disposer de son mobilier? est-ce parce que vendre les meubles est un acte d'administration? Le texte ne dit pas cela, il permet à la femme d'aliéner d'une manière absolue. Donc le texte est étranger à notre question. Il y a encore un texte, au titre de la Société. L'article 1860 porte que l'associé qui n'est pas administrateur ne peut aliéner les choses même mobilières qui dépendent de la société. Cette disposition se lie à celle de l'article précédent. La loi suppose que le contrat ne contient aucune stipulation sur le mode d'administration. Dans ce cas, dit l'article 1859, les associés sont censés s'être donné réciproquement le *pouvoir d'administrer* l'un pour l'autre. Ce *pouvoir d'administrer* donne-t-il le droit d'aliéner au moins les choses mobilières? Non, répond l'article 1860. Voilà un texte formel qui dénie le droit

d'aliéner à ceux qui n'ont qu'un simple pouvoir d'administration.

Notre enquête est achevée. Il n'y a point de texte qui donne formellement à un administrateur, en cette qualité, le droit d'aliéner ; il y a un texte, l'article 1860, qui lui dénie ce pouvoir; il y en a d'autres qui impliquent que l'administrateur n'a pas ce droit. Nous pouvons donc poser en principe que la vente d'effets mobiliers n'est pas un acte d'administration. Faut-il admettre une exception quand l'aliénation est un acte nécessaire et de conservation? L'arrêt de la cour de Liége, que nous avons déjà cité, admet cette exception (1). Elle est certes fondée en raison. La loi devrait donner ce droit à l'administrateur. Mais le lui donne-t-elle? Voilà toute la question. Non; et dans le silence de la loi, l'interprète peut-il accorder à l'administrateur le pouvoir d'aliéner ce qui ne lui appartient pas? Nous ne le croyons pas. Ce serait faire la loi.

180. Nous revenons à l'envoi provisoire. Après avoir dit que le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier, l'article 126 ajoute : « Dans le cas de vente, il sera fait emploi du prix, ainsi que des fruits échus. » Le code ne dit rien du délai dans lequel l'emploi doit être fait; il ne dit rien du mode d'emploi. Faut-il appliquer par analogie les dispositions des articles 1065-1067 (2)? A titre de conseil, oui; mais certes pas à titre d'obligation. Dès lors, il est inutile de s'arrêter sur ce point. Notre science s'occupe de droits et d'obligations, et non de conseils.

Si les envoyés en possession ne font pas emploi du prix provenant de la vente, ni des fruits échus, doivent-ils les intérêts? Toullier répond « qu'ils doivent les intérêts de plein droit, du jour où l'emploi a pu être fait; ils sont en faute, dit-il, s'ils ont laissé oisifs les capitaux de l'absent; ils sont *censés* les avoir employés à leur profit (3). » Le législateur pourrait le décider ainsi, et il aurait dû le faire; mais l'interprète le peut-il? Comment les intérêts

(1) *Pasicrisie*, 1848, 2, 116.
(2) *Cours de code Napoléon*, par Demolombe, t. II, p. 98, n° 97.
(3) Toullier, *le Droit civil français*, t. Ier, p. 367, n° 428.

courraient-ils de plein droit, sans texte? Comment les envoyés seraient-ils *réputés* avoir employé les deniers à leur profit, toujours sans texte? Y a-t-il une présomption légale sans loi? Dans le silence de la loi, il faut s'en tenir aux principes généraux. Il n'y a pas de loi qui oblige les envoyés à faire emploi dans un délai déterminé ; s'ils n'ont pas employé les deniers, ils auront mal géré, et ils pourront être condamnés à des dommages-intérêts. Ont-ils employé les deniers à leur profit, ils devront l'intérêt à partir de cet emploi ; l'article 1996 le dit de tout mandataire, et les envoyés sont mandataires ; mais ce sera au demandeur à faire la preuve du fait, car la loi n'établit aucune présomption.

181. L'article 128 dit que les envoyés provisoires ne peuvent aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent. C'est une conséquence évidente du principe que l'envoi provisoire n'est qu'un dépôt et que les envoyés n'ont qu'un pouvoir d'administration (art. 125). Le principe s'applique à tout acte de disposition. Par suite, les envoyés ne peuvent pas transiger. Mais que faut-il décider, s'il y a nécessité ou avantage évident pour l'absent à ce qu'une hypothèque soit consentie sur ses biens, à ce qu'un de ses immeubles soit aliéné, à ce qu'on transige sur un procès dans lequel il est impliqué? Le code ne répond pas à ces questions. En ce qui concerne l'hypothèque, la lacune a été comblée par la loi hypothécaire belge du 26 décembre 1851, qui porte, article 75 : « L'hypothèque des biens des absents, tant que la possession n'en est déférée que provisoirement, est soumise aux formalités prescrites pour les mineurs. » Il n'y a pas de disposition analogue pour la vente des immeubles, ni pour les transactions. Les tribunaux peuvent-ils, dans le silence de la loi, autoriser les envoyés à aliéner ou à transiger? Les auteurs enseignent tous l'affirmative. Il y a cependant un motif de douter. On conçoit que le juge autorise un propriétaire, qui est incapable, à aliéner : tels sont les mineurs et les interdits. Mais le juge peut-il autoriser un administrateur à aliéner ce qui ne lui appartient pas? En principe, il n'a certes pas ce pouvoir : ainsi il ne pourrait pas autoriser le mari à vendre les im-

meubles de sa femme. Ne faut-il pas en dire autant des envoyés? Il y a une raison de différence qui justifie l'opinion généralement suivie. Quand le propriétaire est présent, c'est à lui seul qu'il appartient d'aliéner. Mais quand il est absent, quand il y a incertitude sur sa vie, il est impossible qu'il intervienne. N'est-ce pas là une incapacité qui l'assimile aux mineurs? Notre loi hypothécaire fait cette assimilation pour l'hypothèque. Il y a identité de raison pour la vente. Ce qui confirme cette décision, c'est que, pendant la première période de l'absence, le tribunal aurait incontestablement le droit d'autoriser l'aliénation, s'il y avait nécessité (art. 112). Pourquoi n'aurait-il pas le même droit quand l'absence est déclarée? Serait-ce parce qu'il y a des héritiers envoyés en possession? Mais les envoyés n'ont qu'un pouvoir d'administration, pouvoir qui ne leur permet pas d'aliéner, alors même que l'intérêt de l'absent l'exigerait. Donc il faut que le tribunal puisse les autoriser à vendre, comme il peut les autoriser à hypothéquer (1). Ce que nous disons de la vente s'applique naturellement à la transaction.

182. Si les envoyés aliènent un immeuble de l'absent sans autorisation de justice, la vente serait-elle nulle? Ils font ce qu'ils n'ont pas le droit de faire, donc ce qu'ils font est nul. Il est certain qu'il en serait ainsi pour un administrateur en général : la vente faite par le tuteur, par le mari serait nulle. Pourquoi n'en serait-il pas de même de l'aliénation consentie par les envoyés? Ce que nous avons dit de la vente des objets mobiliers s'applique, à plus forte raison, à la vente des immeubles, puisque la loi l'interdit formellement aux envoyés. S'il y a nullité, qui peut la demander? Telle est la vraie difficulté. L'absent, s'il revient, n'a pas besoin d'agir en nullité, il peut revendiquer; la vente faite sans droit par les envoyés ne le lie point. Mais les parties contractantes peuvent-elles demander la nullité de la vente? On accorde généralement ce droit à l'acheteur, mais on le refuse au vendeur, parce que, étant tenu de

(1) C'est l'opinion générale. Voyez Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, nos 285-286. Demolombe, t. II, p. 113, no 115.

garantir, il ne peut pas évincer. Nous avons répondu d'avance à l'objection. Les envoyés peuvent et doivent même agir en nullité pour conserver les droits de l'absent, sauf à répondre de leur fait comme garants. Nous citerons, à l'appui de notre opinion, un arrêt de la cour de Bruxelles qui a décidé que les envoyés ne peuvent pas transiger, et que, s'ils l'ont fait, ils peuvent demander la nullité de la transaction (1).

183. Les auteurs vont plus loin. Ils enseignent que les envoyés peuvent valablement aliéner les immeubles de l'absent, s'ils se bornent à vendre les droits qu'ils ont sur ces immeubles, ou s'ils vendent avec stipulation de résolution du contrat, pour le cas où l'absent serait encore en vie (2). Il nous est impossible d'admettre cette opinion. On dit que rien n'empêche les envoyés de vendre leurs droits. Cela suppose qu'ils ont des droits. Mais si nous consultons le code, nous y lisons que la possession provisoire n'est qu'un *dépôt*, qui donne à ceux qui l'obtiennent l'administration des biens de l'absent. Est-ce qu'un dépositaire a des droits, et pourrait-il aliéner ces prétendus droits? Est-ce qu'un administrateur a des droits qu'il puisse céder? Il a une charge, il est obligé d'administrer. Aliène-t-on une charge? une obligation? Si nous demandons aux auteurs du code civil pourquoi ils ont accordé l'envoi provisoire aux héritiers présomptifs, ils nous répondent que c'est dans l'intérêt de l'absent, afin que son patrimoine soit bien administré. Et voilà que les administrateurs, au lieu d'administrer, aliènent; ce seront les acheteurs, des tiers, des premiers venus qui géreront les intérêts de l'absent. Les intérêts de l'absent! Y songeront-ils? Est-ce dans l'intérêt de l'absent qu'ils ont acheté ses immeubles? Pouvant être évincés d'un jour à l'autre, ils administreront, comme le dit quelque part Merlin, à la façon des conquérants. Est-ce là la garantie d'une bonne gestion que la loi a voulu accorder à l'absent?

184. La même question se présente sous une autre

(1) Arrêt du 27 juillet 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 226). Voyez, en sens contraire, Demolombe, t. II, p. 145, n° 137.

(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 317, n° 2.

face. On demande si les héritiers présomptifs de l'absent peuvent céder les droits que leur donne l'envoi provisoire? Les auteurs leur reconnaissent cette faculté. Ils se fondent sur le droit de transmission que la loi leur accorde, quand ils viennent à décéder avant l'envoi provisoire. Nous avons contesté ce prétendu droit de transmission; à notre avis, c'est la loi qui appelle les successeurs des héritiers présomptifs. Ceux-ci ne peuvent transmettre aucun droit, puisqu'ils n'en ont aucun. Ils ne peuvent pas davantage céder un droit qu'ils n'ont pas. Cela nous semble évident si la cession se fait avant qu'ils soient envoyés en possession. Que deviendrait la cession si l'époux présent optait pour la continuation de la communauté? La cession aurait porté sur un droit qui n'existe point, elle n'aurait pas d'objet, elle serait donc radicalement nulle. Mais supposons que les héritiers cèdent leurs droits après qu'ils ont obtenu l'envoi provisoire. La cession serait encore sans objet; car que céderont-ils? un dépôt? une administration? Ils céderont leur droit aux fruits, dira-t-on. Mais à quelle condition ont-ils droit aux fruits? A charge d'administrer. S'ils n'administrent pas, ils ne jouissent pas. Cela décide la question; il est inutile de répéter ce que nous venons de dire, que la loi a accordé l'envoi provisoire aux héritiers par des motifs qui leur sont tout à fait personnels; dès lors, on ne conçoit pas qu'ils se déchargent d'une gestion qui leur a été confiée à raison de l'intérêt qu'ils ont à bien gérer (1).

185. Ce que nous disons de la cession entre vifs s'applique-t-il aussi aux dispositions testamentaires? Il faut d'abord distinguer si les héritiers présomptifs sont morts, laissant un légataire universel, avant l'envoi provisoire, ou après qu'ils ont obtenu la possession des biens de l'absent. Si c'est avant la déclaration d'absence, ne peut-on pas dire que les légataires exercent leurs droits au même titre que les successeurs *ab intestat?* C'est la loi qui les appelle, plutôt que la volonté du testateur. Il y a toutefois un motif de douter. Ce sont les parents légitimes que le législateur en-

(1) Comparez Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 472

tend charger de l'administration des biens, ce ne sont pas des étrangers. A la rigueur donc, on devrait écarter les légataires. Mais ne serait-ce pas s'éloigner du texte de la loi, à force de s'attacher à son esprit? La loi appelle les héritiers présomptifs au jour de la disparition, et partant leurs successeurs universels, héritiers testamentaires aussi bien qu'héritiers *ab intestat* (1). Par la même raison, il faut admettre que si un envoyé provisoire meurt, ses successeurs testamentaires ou *ab intestat* continuent l'administration (2).

186. Les envoyés provisoires peuvent-ils faire des conventions sur la succession de l'absent? C'est une question très-controversée. Si les principes que nous avons posés sont vrais, il faut répondre sans hésiter que les envoyés n'ont pas ce droit. Simples administrateurs, n'ayant que le dépôt des biens de l'absent, comment pourraient-ils faire des conventions sur sa succession? Ceux qui n'ont que la charge d'administrer doivent se borner à administrer. Hors de là, ils n'ont aucun droit. Telle n'est pas l'opinion généralement suivie. Les auteurs et les cours disputent sur la question de savoir si les conventions faites par les envoyés sont des pactes successoires, nuls comme tels. La cour de cassation a jugé le pour et le contre; la doctrine est divisée, comme la jurisprudence (3). Il est certain qu'il y a une différence entre les conventions que des envoyés provisoires feraient sur la succession de l'absent, et celles que font des héritiers présomptifs sur l'hérédité d'un homme vivant. Ces dernières sont proscrites parce qu'elles impliquent le désir de la mort, et qu'elles pourraient faire naître des projets criminels. On ne peut pas faire le reproche d'immoralité aux conventions que les envoyés font sur la succession d'un absent. De là on conclut que ces conventions ne sont pas de vrais pactes successoires. Mais, d'un autre côté, peut-on dire que ce soient

(1) Les auteurs admettent les légataires en vertu du droit de transmission (Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 283). La jurisprudence est conforme (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 237).

(2) La jurisprudence est en ce sens (Dalloz, au mot *Absents*, nos 234, 236).

(3) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, nos 463-470. Demolombe, t. II, p. 133 et suiv., nos 130, 131.

des conventions sur une succession ouverte? Pas davantage. Pendant les deux premières périodes de l'absence, il ne peut pas s'agir de la succession de l'absent, parce qu'il n'y a pas de présomption de mort. Quoi! les héritiers feraient des conventions sur la succession de l'absent, alors que la loi ne leur confie l'administration de ses biens que par sollicitude pour l'absent! Ce n'est que pendant la troisième période que l'on procède au partage de ses biens (art. 129), ce n'est qu'après l'envoi définitif que les héritiers peuvent faire sur ce partage ou après le partage des conventions sur la succession de l'absent. Tant que l'envoi n'est que provisoire, l'intérêt de l'absent domine celui des envoyés. En définitive, les conventions qu'ils feraient sur la succession de l'absent, tout en n'étant pas de vrais pactes successoires, n'en seraient pas moins nulles, puisqu'elles auraient pour objet une succession qui n'est pas ouverte, et qu'elles se feraient par des administrateurs qui n'ont aucune qualité pour les faire.

187. Les créanciers des héritiers présomptifs peuvent-ils exercer les droits que la loi accorde à ces héritiers? M. Demolombe enseigne qu'ils peuvent provoquer la déclaration d'absence au nom des héritiers, leurs débiteurs; qu'ils peuvent demander l'envoi en possession et l'exercer, tout cela en vertu de l'article 1166. Les créanciers seraient donc appelés à administrer les biens de l'absent. Comment le feront-ils? Par un curateur, répond M. Demolombe (1). Ce mode d'administration nous rend déjà très-suspecte l'opinion qui le consacre. Rappelons-nous la défiance que le législateur a témoignée aux curateurs; quoiqu'il permette au tribunal d'en nommer, s'il y a nécessité, il ne prononce pas leur nom; c'est pour mettre fin à une gestion qu'il croit mauvaise, qu'il organise l'envoi provisoire au profit des héritiers présomptifs. Et la loi permettrait aux créanciers des héritiers de remplacer un curateur, dont elle ne veut plus, par un nouveau curateur! Est-ce bien le cas d'appliquer l'article 1166? Les créanciers peuvent exercer les droits pécuniaires de leur débiteur. Est-ce que

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 84, n° 78.

l'envoi provisoire est un droit pécuniaire? C'est, avant tout, une charge que la loi confie aux héritiers par des motifs qui leur sont tout à fait personnels. A quel titre les créanciers viendraient-ils remplir une charge à laquelle la loi appelle les parents comme tels? Il y a des fruits à percevoir, il est vrai, mais les héritiers n'y ont droit que s'ils administrent. Dira-t-on que l'envoi provisoire ouvre provisoirement l'hérédité, et que les créanciers doivent avoir les mêmes droits en cas d'absence que ceux que la loi leur donne après l'ouverture de la succession? Nous n'admettons pas qu'il y ait ouverture de l'hérédité après la déclaration d'absence, et quand même nous l'admettrions, il faudrait encore que les héritiers eussent renoncé à cette succession en fraude de leurs créanciers, pour que ceux-ci pussent, en vertu de l'article 788, l'accepter au nom de leur débiteur. Mais comment les héritiers renonceraient-ils à une succession qui n'est pas ouverte? Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'ils n'agissent pas, ils ne demandent pas l'envoi. Nous cherchons vainement un principe qui permette aux créanciers de le demander en leur nom. Il y a un arrêt de la cour de Metz en faveur de notre opinion (1).

188. Les envoyés provisoires peuvent-ils exercer les actions de l'absent? Aux termes de l'article 134, « après le jugement de déclaration d'absence, toute personne qui aurait des droits à exercer contre l'absent ne pourra les poursuivre que contre ceux qui auront été envoyés en possession des biens. » La loi ne dit rien des actions actives. Merlin croit que l'article 120 décide la question; si l'article 134 ne parle pas des actions que l'absent a à exercer, c'est évidemment, dit-il, parce qu'il y a déjà été pourvu par l'article 120, c'est-à-dire parce que le jugement qui envoie l'héritier présomptif en possession provisoire des biens de l'absent, transfère nécessairement dans ses mains l'exercice de tous les droits actifs qui font partie de ces biens (2). Nous nous étonnons que cette mauvaise raison

(1) Arrêt du 7 avril 1823 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 175).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Absents*, article 134, n° 1 (t. Ier, p. 71).

ait séduit Merlin et à sa suite presque tous les auteurs. On oublie que l'envoi en possession *n'est qu'un dépôt*, ce sont les termes de la loi. On oublie que l'unique but de l'envoi provisoire est de donner aux envoyés l'administration provisoire des biens de l'absent, c'est encore la loi qui le dit (art. 125). Les héritiers envoyés en possession n'ont donc pas l'exercice de tous les droits actifs qui font partie du patrimoine de l'absent; ils ne l'ont du moins que comme administrateurs. D'où suit que leurs pouvoirs, quant aux actions, sont ceux de tout administrateur. Reste à savoir quels sont ces pouvoirs.

L'article 464 porte que le tuteur ne peut introduire aucune action relative aux droits immobiliers du mineur, sans l'autorisation du conseil de famille. On en conclut qu'il a le droit d'intenter les actions mobilières. La loi suit le même principe quant au mineur émancipé; elle ne lui permet d'intenter une action immobilière qu'avec l'assistance de son curateur (art. 482). Quant au mari administrateur des biens de sa femme, il peut, dit l'article 1428, exercer seul toutes les actions mobilières; ce qui implique qu'il n'a pas le droit d'intenter les actions immobilières. La combinaison de ces divers articles prouve que le code suit comme principe général que l'administrateur a les actions mobilières, mais qu'il n'a pas les actions immobilières. Ce principe doit recevoir son application aux envoyés en possession, puisqu'ils n'ont qu'un pouvoir d'administration (1).

On objecte que le code lui-même déroge à ce principe en décidant que l'action en partage peut être exercée par les parents envoyés en possession (art. 817). S'ils ont l'action en partage, dit-on, ils doivent avoir, par identité de raison, toutes les actions immobilières. Nous répondons que la disposition de l'article 817 est tout à fait spéciale; l'action en partage est régie, en effet, par des principes spéciaux, elle tient le milieu entre les actes de disposition et les actes d'administration. Dès lors, on ne peut pas

(1) C'est l'opinion de Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 395 et suiv., n° 492.

étendre aux actions immobilières ce que la loi dit des actions en partage. Ce n'est pas, après tout, l'article 817 qui est le siége de la matière, c'est l'article 134. Cet article deviendrait tout à fait inutile si l'on admettait que les envoyés ont les actions actives; s'ils les avaient, à plus forte raison auraient-ils les actions passives; la loi ne leur donnant que les actions passives, il faut en conclure qu'elle ne leur permet pas d'agir au nom de l'absent.

On fait encore une singulière objection contre le principe que nous défendons. A quoi bon, dit-on, demander l'autorisation du tribunal pour intenter une action immobilière, alors que le tribunal doit connaître de l'action? C'est demander pourquoi la loi exige une autorisation. Comme garantie évidemment. Ce qui suppose que l'autorisation peut être refusée, si la prétention n'est pas fondée. Faudra-t-il laisser les envoyés plaider, alors qu'il est certain qu'ils succomberont? La femme mariée s'adresse aussi à la justice pour obtenir l'autorisation de plaider, quand son mari ne veut pas ou ne peut pas la lui donner. Qui a jamais imaginé que cela fût inutile (1)?

189. La prescription court-elle contre les absents? Oui, par la raison très-simple que la loi ne la suspend pas, et l'article 2251 dit que la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par la loi. Cela décide la question. Mais grande est la difficulté de savoir si la prescription court contre l'absent ou contre les envoyés. On comprend l'intérêt de la question quand l'absent est mineur et que les envoyés sont majeurs, ou quand les envoyés sont mineurs alors que l'absent est majeur. Au point de vue des principes que nous avons posés, la question n'en est pas une. Les envoyés sont des dépositaires. Est-ce que la prescription court contre le dépositaire? Les envoyés sont administrateurs. Est-ce que la prescription court contre un mandataire? Mais si l'on admet que l'envoi en possession est une ouverture provisoire de l'hérédité, si l'on admet

(1) Voyez, en sens contraire, Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 346, et Demolombe, t. II, p. 111, n° 114.



que les envoyés ont toutes les actions de l'absent en vertu de leur envoi, alors on doit se demander qui est partie en cause dans la prescription? Est-ce l'absent, ou sont-ce les envoyés?

S'il est vrai que les envoyés sont des héritiers plutôt que des administrateurs, alors il semble logique de décider que la prescription court contre eux et non contre l'absent. Tel est aussi le sentiment des auteurs. L'action est intentée par l'envoyé en possession; s'il est mineur, la prescription aura été suspendue malgré la majorité de l'absent; s'il est majeur, la prescription aura couru, bien que l'absent fût mineur. Pourquoi? Parce que, dit Merlin, l'envoyé en possession est censé jouir des droits d'un véritable propriétaire, sous la condition résolutoire du retour. Cela résulte de l'article 120, aux termes duquel la loi accorde l'envoi en possession aux héritiers présomptifs, au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Mais si l'absent a intenté l'action et s'il est mineur, ou si, depuis sa majorité, un temps suffisant ne s'est pas écoulé pour prescrire contre lui, la prescription n'aura certainement pas couru, quand même les envoyés en possession seraient majeurs; car, dans cette hypothèse les héritiers présomptifs n'auront été que des administrateurs; et ce n'est jamais du chef de l'administrateur, c'est toujours uniquement du chef de celui dont les affaires sont administrées, que l'on juge que la prescription court ou est suspendue (1).

Cette dernière raison condamne la doctrine de Merlin. Les envoyés en possession ne sont jamais que des administrateurs, alors même qu'eux intentent les actions. La loi le dit on ne peut pas plus clairement en se servant du terme énergique de *dépôt* pour caractériser la possession provisoire. Vainement on objecte que l'envoyé en possession n'est considéré comme dépositaire qu'à l'égard de l'absent, qu'il est censé véritable héritier à l'égard des tiers. C'est introduire dans la loi une distinction qui n'y est pas. Si la

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Absents*, article 134, n° 2 (t. Ier, p. 71). Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 345-347.

loi appelle les héritiers présomptifs au jour de la disparition, ce n'est pas en vertu d'une présomption de mort, ce n'est pas parce que la succession est ouverte à partir de ce jour, c'est uniquement parce qu'il fallait fixer une époque pour déterminer les héritiers qui seront envoyés en possession, et l'on a dû prendre celle où l'absent a donné le dernier signe certain de vie. C'est une fiction, et par cela même elle doit être restreinte au cas pour lequel elle a été établie; introduite pour prévenir une compétition possible entre des prétendants devenus héritiers présomptifs dans des temps différents, on ne peut pas l'étendre au cas d'une revendication exercée contre un tiers détenteur, et d'une prescription opposée par celui-ci. C'est ce que dit un arrêt remarquable rendu par la cour de Rennes (1).

Nº 3. DROITS DES ENVOYÉS.

190. L'article 127 donne aux envoyés en possession une certaine partie des fruits : si l'absent reparaît avant quinze ans révolus depuis sa disparition, ils ne sont tenus de lui rendre que le cinquième des revenus, ils gagnent donc les quatre cinquièmes : s'il ne reparaît qu'après les quinze ans, ils restituent le dixième, et gagnent les neuf dixièmes. Après trente ans d'absence, la totalité des revenus leur appartient. Nous avons déjà dit les raisons pour lesquelles les auteurs du code civil ont donné aux envoyés en possession une quotité aussi considérable des fruits; c'est surtout l'intérêt de l'absent qui les y a déterminés. Aussi ne lisons-nous pas sans étonnement dans un auteur qui jouit d'une grande estime, que l'article 127 est fondé sur les mêmes motifs qui ont fait accorder au possesseur de bonne foi les fruits par lui perçus sur la chose d'autrui (art. 549) (2). Voilà donc l'envoyé en possession qui est assimilé à un possesseur de bonne foi. On vient d'entendre Merlin le qualifier de propriétaire sous la condition résoluble du retour de l'absent; et la loi dit qu'il est dépositaire

(1) Arrêt du 13 mars 1862 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1862, 2, 178).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 121, nº 120.

et administrateur. Comment l'envoyé peut-il être tout ensemble administrateur, propriétaire et possesseur de bonne foi? Nous ne nous chargeons pas de trouver le mot de cette énigme. Contentons-nous de rappeler la définition que l'article 550 donne du possesseur de bonne foi : c'est celui qui possède *comme propriétaire*, en vertu d'un *titre translatif de propriété* dont *il ignore les vices*. Est-ce que les envoyés provisoires possèdent *comme propriétaires*, alors que la loi dit que leur possession *n'est qu'un dépôt?* Où est le *titre translatif de propriété* en vertu duquel ils possèdent? Leur seul titre, c'est le jugement qui les envoie en possession provisoire des biens de l'absent (art. 120). Est-ce qu'un jugement qui donne l'administration provisoire aux envoyés en possession est un titre translatif de propriété? On éviterait bien des controverses et bien des erreurs, si l'on s'en tenait au texte de la loi.

191. La quotité des fruits dépend de la durée de l'absence, et non de la durée de l'envoi en possession. Si, dit l'article 127, l'absent reparaît avant quinze ans révolus depuis le jour de sa disparition, on lui rend le cinquième des revenus, et le dixième s'il ne reparaît qu'après les quinze ans, toujours depuis sa disparition. L'envoi provisoire a été prononcé en 1851, onze ans après la disparition, l'absent ayant laissé une procuration. L'absent revient en 1857, seize ans depuis sa disparition; on ne lui rendra que le dixième des revenus, bien que l'envoi provisoire n'ait duré que cinq ans. Si, au contraire, l'envoi provisoire avait eu lieu après cinq ans depuis la disparition, et si l'absent revient après quatorze ans, il aura le cinquième de ses revenus; l'envoyé en possession, en ce cas, ne gagnera que les quatre cinquièmes des revenus, quoiqu'il ait possédé pendant neuf ans(1). Ce résultat paraît étrange et peu logique. Il prouve que la loi tient compte de la probabilité plus ou moins grande du décès de l'absent, l'incertitude sur sa vie augmente à mesure que l'on s'éloigne de l'époque de sa disparition. Dès lors la loi devait tenir compte des droits éventuels des héritiers.

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. 1er, p. 312, no 7.

Voilà pourquoi, après trente ans d'absence, la totalité des revenus appartient à l'absent. Comment faut-il entendre ces mots : *trente ans d'absence ?* Est-ce trente ans depuis la déclaration d'absence? est-ce trente ans depuis la disparition de l'absent? La question est controversée. Nous n'hésitons pas à la décider dans le dernier sens. Le mot *absence*, dans le second alinéa de l'article 127, doit avoir le même sens que le mot *disparition* dans le premier, parce qu'il n'y a aucune raison pour que le législateur admette une autre base de calcul dans le cas prévu par le second alinéa; s'il n'a pas répété le même mot, c'est sans doute pour éviter la répétition des mêmes termes et pour donner plus de concision à sa pensée. L'esprit de la loi le demande ainsi. Ce sont les envoyés provisoires que la loi veut avantager ; or, pour qu'ils profitent du bénéfice de ses dispositions, il faut que le délai coure à partir de la disparition, et non à partir de la déclaration d'absence, car trente ans après la déclaration d'absence, il n'y a plus d'envoi provisoire; alors l'envoi définitif commence : ce seraient les envoyés définitifs qui, dans l'opinion contraire, profiteraient d'une disposition qui a été faite au profit des envoyés provisoires. S'il restait quelque doute sur le sens de l'article 127, il serait levé par le discours de Bigot-Préameneu. L'orateur du gouvernement commence par dire qu'il est juste que les héritiers présomptifs aient une partie des fruits, à titre d'indemnité; il ajoute que cette portion doit être plus ou moins forte suivant *la longueur de l'absence*. Donc le mot *absence*, dans sa pensée, est synonyme du mot *disparition*, dont la loi se sert dans le premier alinéa de l'article 127. Bigot-Préameneu répète le même mot d'*absence*, en expliquant la disposition qui donne à l'absent tantôt le cinquième, tantôt le dixième des revenus perçus par les envoyés en possession. Preuve qu'à ses yeux, la *disparition* dans l'article 127, premier alinéa, équivaut à l'*absence;* donc, dans le deuxième alinéa, l'*absence* veut aussi dire la *disparition* (1).

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 309, développe très-bien ce point. Voyez, en sens contraire, Marcadé, *Cours élementaire*, p. 307, n° 3.

192. Est-ce à dire que l'époque de la déclaration d'absence ne doit pas être prise en considération quand il s'agit de restituer les fruits? C'est cette époque qui détermine les fruits sur lesquels les envoyés peuvent exercer leurs droits. L'absent disparaît en 1840 ; son absence est déclarée en 1851; il reparaît en 1857. Seize ans s'étant écoulés depuis la disparition de l'absent, les envoyés en possession ont droit aux neuf dixièmes des fruits; mais de quels fruits? Naturellement de ceux qu'ils ont perçus, et non de ceux qui étaient perçus avant l'envoi en possession; dans l'espèce, ils auront les neuf dixièmes des fruits perçus depuis 1851. Quant aux fruits perçus depuis la disparition, en 1840, jusqu'à l'envoi provisoire, en 1851, ils n'y ont aucun droit. Il a dû être fait emploi de ces fruits en vertu de l'article 126; ils font donc partie du capital qui doit être restitué à l'absent s'il revient.

193. La loi dit que les envoyés en possession rendent le cinquième ou le dixième des *revenus* à l'absent, et qu'ils gardent les quatre cinquièmes ou les neuf dixièmes. Que faut-il entendre par *revenus?* Est-ce le revenu brut, est-ce le revenu net? La difficulté est de savoir s'il faut déduire du revenu brut les frais de culture ou d'administration et les dépenses faites pour réparations? L'affirmative ne souffre aucun doute. On n'entend par fruits ou par revenus que ce qui reste, dépenses déduites : si, pour un produit brut de 10,000 francs, il faut faire 2,000 francs de frais, le revenu ne sera que de 8,000 francs, et c'est sur ce revenu net de 8,000 francs que l'on calculera la part des envoyés en possession et celle de l'absent. Reste à savoir si dans le compte que les envoyés provisoires rendent à l'absent, ils peuvent porter en dépense tout ce qu'ils ont déboursé, ou s'ils doivent supporter les frais d'entretien. Les frais de jouissance se partagent entre l'absent et ses héritiers présomptifs, dans la proportion des fruits qui leur sont attribués. Il faut cependant faire exception pour les grosses réparations que l'usufruitier ne supporte pas quoiqu'il ait droit à tous les fruits; à plus forte raison, les envoyés en possession ne doivent-ils pas les supporter, eux qui ne sont qu'administrateurs. Si donc ils ont avancé

ces dépenses, ils peuvent les porter en compte (1).

194. A qui les fruits doivent-ils être restitués? L'article 127 dit : « A l'absent, s'il reparaît avant trente ans depuis sa disparition. » Il peut se faire que les envoyés en possession doivent restituer les biens aux héritiers de l'absent, au jour de son décès prouvé. Seront-ils tenus, en ce cas, à rendre les fruits dans la proportion établie par l'article 127? L'affirmative ne souffre aucun doute. Si la loi ne parle que de l'absent qui reparaît, ce n'est certes pas pour marquer que lui seul a droit de réclamer une portion des fruits; c'est plutôt parce que, en matière d'absence, le législateur est toujours préoccupé des intérêts de l'absent. Quant aux droits des envoyés en possession, ils ne dépendent point du retour de l'absent, ils dépendent de l'obligation qu'ils ont de restituer les biens dont ils ne sont que dépositaires. Peu importe, en ce qui les concerne, à qui la restitution se fait. L'article 130 le dit formellement, pour le cas où la succession de l'absent viendrait à s'ouvrir au profit de parents autres que ceux qui ont obtenu l'envoi.

Dans le deuxième alinéa de l'article 127, le législateur ne prévoit non plus qu'une seule hypothèse, tandis que, en réalité, il y en a deux dans lesquelles les envoyés gagnent tous les fruits. Ils les gagnent d'abord, même pendant l'envoi provisoire, si trente années se sont écoulées depuis la disparition de l'absent. Ils les gagnent encore si cent années se sont écoulées depuis la naissance de l'absent; dans ce cas, il y a lieu à l'envoi définitif, et les envoyés définitifs sont propriétaires, comme tels ils gagnent tous les fruits. Il n'y a aucun doute sur ce point.

§ IV. *Rapports des envoyés en possession entre eux et à l'égard des tiers.*

195. La loi ne dit rien de ces rapports. De là les systèmes imaginés par les auteurs, théories qui aboutissent

(1) Sur tous ces points, les auteurs sont unanimes. Voyez Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, nos 311-314; Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 313, n° 9; Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 130-132, n° 127.

à faire la loi, et que, pour ce motif, nous ne pouvons pas admettre. On suppose la succession de l'absent ouverte par la déclaration d'absence, puis le partage des biens, le rapport des libéralités faites par l'absent à l'un de ses héritiers présomptifs; on dit que les envoyés provisoires sont des héritiers bénéficiaires. Il n'y a pas un mot dans le code sur lequel cette doctrine puisse prendre appui. A la vérité, des lois postérieures au code Napoléon ont assimilé l'envoi provisoire à l'ouverture d'une succession; mais ce sont des lois fiscales. En France, une loi du 28 avril 1816, article 110, a dérogé à la loi de frimaire; elle porte: « Les héritiers, légataires et tous autres appelés à exercer des droits subordonnés au décès d'un individu dont l'absence est déclarée, sont tenus de faire, dans les six mois du jour de l'envoi en possession provisoire, la déclaration à laquelle ils seraient tenus s'ils étaient appelés par l'effet de la mort, et d'acquitter les droits sur la vente entière des biens ou droits qu'ils recueillent. En cas de retour de l'absent, les droits payés sont restitués, sous la seule déduction de celui auquel aura donné lieu la jouissance des héritiers. » La loi belge du 17 décembre 1851 contient une disposition analogue. Aux termes de l'article 6, « le droit de succession et celui de mutation seront perçus sur la valeur des biens d'un absent, dont les héritiers présomptifs, donataires ou légataires, auront été envoyés en possession provisoire ou définitive. » Dira-t-on que cette loi consacre le principe que l'envoi en possession ouvre provisoirement la succession de l'absent, et que par conséquent les envoyés en possession doivent être considérés comme héritiers? Ce serait donner aux lois fiscales une portée qu'elles n'ont pas. Le texte même que nous venons de transcrire prouve que l'on ne peut pas interpréter le code civil par des lois qui n'ont en vue que les intérêts du fisc. D'après l'article 6, l'envoi provisoire et l'envoi définitif sont mis sur la même ligne quant à la perception des droits. En conclura-t-on que la loi de 1851 abroge le code civil, et qu'il n'y a plus de différence entre l'envoi provisoire et l'envoi définitif? Il est si vrai que la loi de 1851 ne reconnaît aux envoyés en possession pro-

visoire aucune propriété, que si l'époux présent opte pour la continuation de la communauté, aucun droit ne peut être réclamé (1). Singulière propriété que celle qui peut être anéantie par la volonté d'un tiers !

196. Il faut donc nous en tenir au code civil. L'envoi provisoire est organisé dans l'intérêt de l'absent avant tout; les envoyés en possession sont appelés à administrer ses biens. Comment cette administration sera-t-elle réglée? La loi ne le dit pas; par cela même, les héritiers présomptifs ont le droit de la régler comme ils l'entendent; ils peuvent se partager l'administration, ils peuvent aussi la confier à l'un d'eux. Si des difficultés s'élèvent entre eux, le tribunal décidera. Ainsi jugé par un arrêt de la cour d'Orléans. Cet arrêt s'écarte de la doctrine des auteurs pour s'en tenir au texte du code. Il s'agissait de savoir si les envoyés en possession peuvent liciter les biens de l'absent. La cour décide qu'aux termes de l'article 129, aucun partage des biens de l'absent ne peut avoir lieu avant l'envoi définitif; que cette prohibition s'applique à la jouissance des biens comme à la propriété, la loi ne faisant pas de distinction; or, dès qu'il n'y a pas lieu à partage, il ne peut être question de licitation. En effet, la licitation n'a lieu que lorsqu'une chose commune ne peut être partagée sans perte, ou lorsque, dans un partage fait de gré à gré de biens communs, il s'en trouve quelques-uns qu'aucun des copartageants ne puisse ou ne veuille prendre (art. 1686). L'envoi provisoire, dit la cour d'Orléans, impose aux envoyés en possession l'obligation d'administrer, ils ne peuvent donc pas s'en décharger sur un étranger; tous les héritiers ont un devoir et un droit égal de gérer, sauf aux tribunaux à vider les difficultés que présenterait cette administration commune (2).

197. Les envoyés en possession sont qualifiés, par la loi, de dépositaires et d'administrateurs. Le sont-ils seulement à l'égard de l'absent? Sont-ils propriétaires à l'égard des tiers, en ce sens du moins qu'ils possèdent comme propriétaires? Merlin répond que l'envoyé en possession

(1) Bastiné, *Théorie du droit fiscal*, t. II, p. 120, n° 113.
(2) Arrêt du 1er décembre 1859 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1860, 2, 160).

est réputé posséder *animo domini* à l'égard des tiers. Cela est si vrai, dit-il, que dans son hérédité les biens de l'absent suivent le même sort que les siens propres (1). Il est vrai que l'administration passe aux héritiers des envoyés en possession. Mais est-ce parce qu'ils possèdent comme propriétaires? Ils possèdent si peu comme propriétaires, qu'ils peuvent être dépouillés de leur administration, non-seulement par l'absent, mais par des parents plus proches, s'il s'en présente. Ce ne sont donc pas les biens qui passent aux héritiers des envoyés en possession, c'est l'administration; la loi le veut ainsi, afin que l'administration des biens de l'absent soit toujours dans les mains des héritiers de l'absent.

198. C'est d'après ce principe qu'il faut décider la question de savoir si les créanciers de l'envoyé en possession peuvent exercer leurs droits sur les biens compris dans l'envoi. Dans la doctrine que nous avons exposée, on ne peut pas même poser la question. Les envoyés en possession n'ont que le dépôt, l'administration des biens de l'absent : c'est une hérésie de demander si les créanciers du tuteur ont action sur les biens de son pupille. Dans l'opinion généralement suivie, on reconnaît aux créanciers des droits sur les biens de l'absent, mais les auteurs ne sont pas d'accord sur l'étendue de ces droits. Il a été jugé et l'on enseigne que les hypothèques consenties par les envoyés en possession sur les biens de l'absent, nulles à l'égard de l'absent, sont valables à l'égard des tiers, en ce sens du moins qu'elles pourront être éventuellement exercées après l'envoi en possession définitif (2). Notre loi hypothécaire assimilant les absents aux mineurs (3), il serait difficile d'admettre la validité des hypothèques que les envoyés en possession consentiraient sans l'observation des formalités prescrites par la loi. Nous examinerons la question en son lieu. Quant aux hypothèques légales, elles ne frappent que les biens qui

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Absents*, article 120, n° 4 (t. Ier, p. 57).
(2) Arrêt de Rouen du 22 juillet 1840 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 361). Demolombe, t. II, p. 148 et suiv., nos 137-138.
(3) Loi du 16 décembre 1851, article 75.

appartiennent aux débiteurs. Et peut-on dire que les biens de l'absent appartiennent aux envoyés en possession? Restent les créanciers chirographaires. Peuvent-ils saisir les biens de l'absent? La question, encore une fois, est une hérésie. Celui qui oblige sa personne oblige ses biens, mais il n'oblige certes pas les biens qu'il possède comme administrateur. Or, les envoyés possèdent comme administrateurs. Il faudrait une présomption de mort pour qu'ils pussent être considérés comme propriétaires des biens de l'absent. Et la loi n'établit pas de présomption pareille. Il faudrait au moins que la loi déclarât qu'ils sont propriétaires à l'égard des tiers; c'est ce qu'elle dit dans la troisième période. Par cela même, on ne peut admettre ce principe dans la deuxième. Les envoyés en possession provisoire restent donc administrateurs; leur possession n'est qu'un dépôt. Cela décide la question. Ajoutons que les biens de l'absent sont le gage de ses créanciers. Ce qui exclut encore les créanciers des envoyés en possession. Enfin, la loi leur défend d'aliéner les immeubles de l'absent; or, ils les aliéneraient indirectement, s'ils pouvaient les engager par les dettes qu'ils contractent. Dans notre opinion, il faut dire la même chose des meubles. Alors même qu'on reconnaîtrait aux envoyés le droit de vendre les effets mobiliers de l'absent, ce ne serait que comme administrateurs et non comme propriétaires. On conçoit, à la rigueur, que l'administrateur aliène dans l'intérêt de celui dont il gère le patrimoine; on ne conçoit pas qu'il en dispose dans son intérêt propre.

§ V. *Fin de l'envoi provisoire.*

190. L'envoi en possession provisoire cesse par la mort de l'absent. Dans toutes les périodes de l'absence, la succession de l'absent s'ouvre du jour de son décès prouvé, au profit des héritiers les plus proches à cette époque. Si ce sont d'autres parents que ceux qui ont été envoyés en possession, les biens de l'absent leur doivent être restitués, sous la déduction des fruits acquis aux envoyés (art. 130 et 127).

Le retour de l'absent met aussi fin aux mesures que la loi prescrit à raison de l'absence. Aux termes de l'article 131, les effets du jugement qui a déclaré l'absence cessent, sauf au tribunal à pourvoir à l'administration des biens, si l'absent a donné de ses nouvelles sans reparaître et sans constituer de mandataire.

S'il y a des parents plus proches que ceux qui ont obtenu l'envoi en possession, ils peuvent demander d'être envoyés en possession, de préférence à ceux qui l'auraient obtenu à leur préjudice.

Enfin, l'envoi provisoire cesse quand il y a lieu à prononcer l'envoi en possession définitif (art. 129).

Nous examinerons plus loin les questions auxquelles l'application de ces principes donne lieu; elles concernent toutes les périodes de l'absence.

Avant de passer à l'envoi définitif et à la fin de l'absence, il nous faut traiter des droits que la loi accorde au conjoint présent, quand il est commun en biens.

SECTION III. — Droits de l'époux présent.

§ Ier. *Principes généraux.*

200. L'article 140 porte : « Si l'époux absent n'a point laissé de parents habiles à lui succéder, l'autre époux pourra demander l'envoi en possession provisoire des biens. » Cette disposition est inutile, car elle ne fait qu'appliquer à l'époux, successeur irrégulier, le principe que l'article 120 pose sur les droits des héritiers présomptifs, au jour de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles. Il faut ajouter que l'article 140 est incomplet; il ne parle pas des enfants naturels de l'absent, qui sont appelés à lui succéder de préférence au conjoint, ni de l'Etat, qui succède à défaut de conjoint. Il va sans dire que les enfants naturels et l'Etat peuvent demander l'envoi en possession provisoire aussi bien que l'époux présent, leur titre étant le même. Enfin, les successeurs irréguliers ont droit non-seulement à l'envoi provisoire, comme le dit l'article 140, du conjoint; ils ont droit aussi à l'envoi défi-

nitif en vertu de l'article 129, qui appelle tous les ayants droit à se partager les biens de l'absent.

201. La loi donne encore un autre droit au conjoint présent, quand il est commun en biens; il peut opter pour la continuation de la communauté, ou en demander la dissolution provisoire. S'il continue la communauté, il empêche par là l'exercice de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent (art. 124). Pourquoi le législateur donne-t-il ce droit à l'époux commun en biens? La communauté est une société universelle entre époux; c'est la conséquence de la communauté de vie, d'affection et d'intérêts que crée le mariage. Or, le mariage subsistant malgré l'absence déclarée, il est naturel de maintenir aussi la société de biens qui en est la suite. Il est vrai qu'il vient un moment où la communauté est dissoute, bien que le mariage continue à subsister, c'est l'époque de l'envoi en possession définitif. La loi, dans l'intérêt général et dans l'intérêt des héritiers présomptifs, a dû prendre des mesures définitives sur le partage des biens de l'absent, mesures qui ne sont toutefois que provisoires à l'égard de l'absent. Quant au mariage, il n'est rompu que par la mort ou le divorce, il ne peut pas être dissous provisoirement. Voilà pourquoi, pendant la troisième période de l'absence, la vie commune cesse quant aux intérêts pécuniaires, mais le lien moral est maintenu. Dans la seconde période, la loi permet à l'époux présent de continuer la communauté, et en la continuant, d'empêcher l'envoi en possession provisoire des héritiers présomptifs. Il est donc préféré aux héritiers. Quelle en est la raison? On peut d'abord invoquer le mariage qui subsiste; on peut invoquer le contrat qui lie le conjoint présent ainsi que l'absent. La communauté lui donne des droits certains, puisqu'ils dérivent d'un contrat; tandis que les droits des héritiers sont incertains, ou, comme le dit Bigot-Préameneu, précaires et provisoires. Le législateur a pensé que les héritiers ne pouvaient, contre la volonté de l'une des parties, rompre un contrat synallagmatique. Il ne s'agit encore, qu'on le remarque bien, que d'administrer les biens de l'absent. Or, qui est le meilleur administrateur, les héri-

tiers qui d'un jour à l'autre peuvent être écartés par le retour de l'absent, ou l'époux qui, si l'absent reparaît, n'aura fait que continuer l'existence commune à laquelle la communauté lui donne droit? Par quel renversement d'idées, dit l'orateur du gouvernement, nommerait-on administrateurs d'une société ceux qui y sont étrangers, lorsque l'associé pour moitié se trouve sur les lieux (1)?

202. Le code donne au conjoint présent le droit de maintenir ses conventions matrimoniales contre les héritiers présomptifs de l'absent; mais il ne lui donne ce droit que s'il est commun en biens. La communauté est légale ou conventionnelle. Il est certain que l'époux a l'option que lui accorde l'article 124, sous le régime de la communauté conventionnelle aussi bien que sous le régime de la communauté légale. La raison est la même, puisqu'il y a toujours une société de biens entre les conjoints, et c'est sur cette société qu'est fondé le droit de l'époux présent. Il y a encore trois autres régimes, le régime exclusif de communauté, le régime de séparation de biens et le régime dotal. Ces régimes ont cela de commun qu'ils n'établissent aucune société entre époux; ils sont, au contraire, séparés de biens. Le conjoint, marié sous un de ces trois régimes, peut-il demander le maintien de son contrat contre les héritiers présomptifs de l'absent? Non, l'article 124 est formel, il ne concerne que l'époux commun en biens. Quelle est la raison de la différence que la loi établit entre les divers régimes?

Les auteurs sont unanimes à critiquer la disposition de l'article 124 (2). Tous les régimes ne reposent-ils pas sur un contrat? Le contrat ne donne-t-il pas un droit certain à l'époux de l'absent? ce droit contractuel ne doit-il pas l'emporter sur le droit éventuel, précaire des héritiers présomptifs? On comprendrait que la loi, en se fondant sur la probabilité de mort de l'absent, rompe toujours son contrat de mariage; mais on ne comprend pas qu'elle le maintienne sous un régime et qu'elle le dissolve sous les autres.

(1) Exposé des motifs, dans Locré, t. II, p. 256 et suiv., nos 23 et 24. Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 235 et suiv.

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 363 et s., nos 272-273.

Proudhon a essayé de justifier la distinction : « La loi, dit-il, n'accorde qu'à l'époux associé le droit de maintenir ses conventions matrimoniales, parce qu'elle a voulu que sa faveur fût commune aux deux époux, et qu'il n'y a que la communauté sous laquelle cela puisse être ainsi (1). » Cela est vrai, mais cela n'est pas décisif. Il se peut aussi que ,sous le régime de communauté conventionnelle, l'époux présent ait intérêt à rompre la société de biens qu'il a contractée avec l'absent; il en a le droit, d'après l'article 124. Pourquoi donc la loi ne donne-t-elle pas au conjoint le droit de maintenir ou de rompre les autres régimes, selon son intérêt? Est-ce que le mari présent, marié sous le régime exclusif de communauté, n'a pas intérêt à maintenir son contrat de mariage, qui lui assure la jouissance des biens de sa femme? Il a le même intérêt sous le régime de séparation de biens et sous le régime dotal. Dans l'esprit de la loi, cet intérêt est un droit, droit conventionnel, certain, aussi bien que le droit de l'époux commun en biens. Pourquoi la loi assure-t-elle le droit de l'un, pourquoi n'assure-t-elle pas le droit de l'autre? On chercherait vainement une raison pour justifier cette inconséquence; il faut l'accepter, parce que c'est la loi.

203. L'époux commun en biens peut-il exercer le droit que lui donne l'article 124, avant que les héritiers présomptifs aient demandé l'envoi en possession provisoire? Oui, Merlin le prouve; mais par une singulière méprise, il commence par faire dire à la loi ce qu'elle ne dit pas. L'article 124 dit que l'époux, en optant pour la continuation de la communauté, peut *empêcher l'envoi provisoire*, ce qui implique que l'envoi provisoire n'aura pas lieu; tandis que Merlin lui fait dire que l'option de l'époux empêche *l'effet de l'envoi provisoire*, ce qui suppose que l'envoi a eu lieu, mais que le conjoint en arrête les effets. Le texte du code décide donc notre question, et l'esprit de la loi est tout aussi évident. Si le législateur donne la préférence à l'époux, c'est que son droit est certain et que le droit des héritiers est précaire; concevrait-on qu'un droit certain

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I[er], p. 314.

fût subordonné à un droit précaire? Merlin invoque l'article 129, qui est décisif. Cette disposition fixe le point de départ du délai de trente ans, après lequel tous les ayants droit de l'absent peuvent demander l'envoi en possession définitive de ses biens. Quel est ce point de départ? C'est *l'envoi provisoire*, ou *l'époque à laquelle l'époux aura pris l'administration des biens de l'absent*. Il résulte clairement de cette alternative que l'époux commun peut prendre l'administration des biens de l'absent avant que les héritiers présomptifs aient obtenu l'envoi provisoire; car s'il ne pouvait la prendre qu'après, l'époque où il l'aurait prise serait indifférente dans le calcul du délai de trente ans; ce délai courrait toujours et nécessairement du jour de l'envoi provisoire (1). L'argument est ingénieux; c'est pour cela que nous le reproduisons, bien qu'à la rigueur on puisse s'en passer.

§ II. *Continuation de la communauté.*

204. Aux termes de l'article 124, si l'époux présent opte pour la continuation de la communauté, il *prend* ou il *conserve* par préférence l'administration des biens de l'absent. Il *prend;* cela suppose que la femme est présente; elle *prend*, en effet, une administration qu'elle n'avait pas. Il *conserve;* cela suppose que le mari est présent; il avait déjà l'administration de la communauté et des biens de sa femme, il ne fait donc que la continuer; en ce sens, il la *conserve*. L'époux présent qui opte pour la continuation de la communauté, est tout ensemble administrateur des biens communs et des biens de son conjoint absent. Il est cependant à remarquer que la loi ne parle pas textuellement de l'administration de la communauté, elle ne parle que de l'administration des *biens de l'absent*. Elle semble donc comprendre les biens communs parmi les biens de l'absent; en effet, il est copropriétaire, puisqu'il est associé. Nous verrons à l'instant une conséquence de ce principe.

205. L'option de l'époux pour la continuation de la

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Absent*, article 124, n° 2 (t. Ier, p. 65).

communauté a un effet considérable; elle empêche non seulement l'envoi en possession des héritiers présomptifs, elle empêche encore l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent. On conçoit que la loi préfère le conjoint aux parents légitimes et même aux légataires et aux héritiers contractuels; car son droit est certain. Puis l'intérêt de l'absent justifie cette préférence. L'administration des biens sera dans une seule main, main dévouée et intéressée à la conservation des droits de l'absent. Enfin, il fallait de toute nécessité pourvoir à l'administration des biens communs et des biens personnels de l'absent; il fallait donc la confier soit au conjoint, soit aux héritiers. Il n'en est pas de même des biens sur lesquels des tiers ont un droit subordonné à la condition du décès de l'absent (1). Supposons que l'absent soit usufruitier; le nu propriétaire a droit aux biens grevés d'usufruit, si l'absent est mort. Il y a incertitude sur la vie de l'absent, la probabilité de sa mort va tous les jours croissant. Pourquoi ne pas permettre au nu propriétaire d'exercer provisoirement son droit? pourquoi donner la préférence au conjoint? Le nu propriétaire a un droit certain aussi bien que le conjoint; pour mieux dire, son droit est plus fort; car le conjoint administre des biens qui ne sont pas les siens et qui ne lui appartiendront jamais, puisqu'il y a des héritiers présomptifs, tandis que le nu propriétaire est dès maintenant propriétaire. La loi veut confier l'administration des biens de l'absent à celui qui les administrera le mieux. Peut-il y avoir un meilleur administrateur que le propriétaire? C'est le cas de dire : la loi est mauvaise, mais c'est une loi.

206. L'article 124 donne à chacun des époux le droit de demander la continuation provisoire de la communauté. Il y a cependant une grande différence entre les deux conjoints, quant au pouvoir qu'ils ont comme administrateurs; la loi elle-même l'indique en disant que la femme *prend* l'administration et que le mari la *conserve*. Si le mari la *conserve*, n'en faut-il pas conclure

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 367, n° 454.

qu'il exerce comme *administrateur légal,* c'est le terme de la loi, le même pouvoir qu'il avait comme administrateur conventionnel? C'est l'opinion générale. Proudhon seul est d'un avis contraire. « Dans les cas ordinaires, dit-il, le mari, administrant la communauté en maître, peut aliéner, hypothéquer les fonds qui en dépendent, mais ici celui qui a opté pour la continuation de la communauté ne peut être revêtu d'un pouvoir aussi étendu (1). » Sans doute, la position du mari n'est plus absolument la même. Quand la femme est présente, quand il n'y a aucun doute sur sa vie, le mari agit comme maître et seigneur, et tout ce qu'il fait à titre onéreux est valable. Mais si la femme est absente, on ne sait si la communauté, quoique continuée, subsiste encore; il est possible qu'elle soit dissoute, déjà au moment où le mari opte pour la continuation de la communauté, par la mort de la femme. Dans cette hypothèse, qui sera très-souvent une réalité, il n'y a plus de communauté au moment où le mari aliène un bien commun. Peut-on lui permettre d'aliéner ce qui peut-être ne lui appartient pas? La question s'adresse au législateur plutôt qu'à l'interprète. Il est certain que le législateur aurait pu prendre en considération l'incertitude qui règne sur la vie du conjoint absent, et limiter les droits du mari présent. Mais l'interprète n'a pas à voir ce que la loi aurait pu ou dû faire, il doit se borner à voir ce qu'elle a fait. Y a-t-il une disposition qui défende au mari d'aliéner les biens de la communauté continuée? Proudhon cite l'article 128 qui porte : « Tous ceux qui ne jouiront qu'en vertu de l'envoi provisoire ne pourront aliéner ni hypothéquer les biens de l'absent. » Peut-on appliquer cette disposition au mari qui opte pour la continuation de la communauté? A vrai dire, il ne jouit pas en vertu de l'envoi provisoire, il administre une communauté qui est la sienne; et quand il aliène, il ne vend pas un *immeuble de l'absent,* il vend un immeuble dont il est le maître.

Il reste cependant une difficulté, et elle prouve que

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 318. Comparez Dalloz, *Répertoire,* au mot *Absence*, n° 387.



Proudhon a raison en théorie. Le mari aliène un immeuble commun en 1869; on apprend ensuite que la communauté a été dissoute en 1865 par la mort de la femme. La vente est-elle valable, ou les héritiers de la femme peuvent-ils l'attaquer? Les auteurs qui enseignent que le mari peut aliéner les conquêts, admettent aussi que la vente, étant valable dans son principe, doit être maintenue (1) : c'est l'application du principe élémentaire que la loi doit valider les actes faits conformément à ses dispositions. La plupart des auteurs invoquent un autre principe, celui du mandat. Ils disent que le mari est mandataire légal de la femme; en vertu de ce mandat, il peut aliéner; il le peut alors même que par la mort de la femme son mandat aurait cessé; car, d'après l'article 2009, les engagements du mandataire sont, en ce cas exécutés à l'égard des tiers de bonne foi (2). Nous ne croyons pas que le mari agisse comme mandataire; il serait alors simple administrateur, et comme tel, il n'aurait pas le droit d'aliéner (art. 1988). Le mari n'a le droit d'aliéner que si on le considère comme maître de la communauté, et l'idée de maître et seigneur ne peut pas s'allier à celle de mandataire.

Si les héritiers de la femme doivent respecter les aliénations faites par le mari, est-ce à dire qu'ils n'aient aucun droit à raison de ces ventes? La question peut à peine être posée. En quelle qualité le mari a-t-il vendu? Comme chef de la communauté. Peu importe que la communauté soit dissoute; il faut néamoins supposer qu'elle existe, sinon l'aliénation serait nulle. Eh bien, la fiction doit être admise avec toutes ses conséquences. Si le mari est censé avoir aliéné un bien commun, le prix de cet immeuble doit tomber dans la communauté, donc les héritiers en profiteront. Rien de plus juste, car au moment où la vente a eu lieu, la communauté était dissoute; l'immeuble vendu par le mari faisait donc partie des biens communs, qui doivent être partagés entre les héritiers de la femme et le mari; dès lors, ils doivent profiter du prix pour moitié.

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 281, n° 5.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 383 et suiv., n° 285.

207. Le mari doit-il faire inventaire des biens de la communauté? Aux termes de l'article 126, « ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire, ou l'époux qui aura opté pour la continuation de la communauté, devront faire procéder à l'inventaire *du mobilier et des titres de l'absent.* » Au premier abord, on pourrait croire que notre question est décidée par le texte de la loi. L'inventaire, d'après l'article 126, doit porter sur les biens mobiliers *de l'absent*; or, la communauté n'appartient pas à la femme absente, c'est le mari présent qui en est le maître et seigneur. Et par cela même qu'il en peut disposer à volonté, ne doit-on pas dire que l'inventaire est inutile (1)? Non, il n'est pas inutile. D'abord, le mari peut être tenu à des restitutions envers les héritiers de la femme, si elle est décédée, et s'il a continué à disposer des effets de la communauté, après son décès, alors que la communauté était en réalité dissoute. Puis, on oublie que la communauté peut être conventionnelle; si la femme a stipulé des reprises, il y aura encore lieu à des restitutions, au cas où elle reparaîtrait, sinon par le mari, au moins par ses héritiers. Donc l'inventaire sera toujours utile. Mais il ne suffit pas qu'il soit utile pour que le mari doive le faire; la question est de savoir si la loi l'y oblige. Nous ne dirons donc pas avec Duranton que le mari doit faire inventaire parce qu'il n'y a aucun inconvénient à le faire, et qu'il y en aurait de très-graves à ne le faire pas (2). L'interprète ne peut pas créer d'obligation, la loi seule a ce pouvoir. Il faut donc voir ce que dit le texte.

L'article 126 parle du mobilier et des titres *de l'absent.* Cette disposition est-elle restrictive? Nous l'avons déjà rencontrée dans l'article 124, où elle comprend néanmoins les effets de la communauté. Or, l'inventaire ne doit-il pas porter sur tous les biens dont l'administration est conférée au mari? Après tout, les biens de la communauté sont aussi les biens de la femme absente, car elle est associée, donc copropriétaire. Enfin l'article 126 met le mari administra-

(1) C'est l'opinion de Dalloz et des auteurs qu'il cite (*Répertoire*, au mot *Absence*, n° 391).
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 372 et suiv., n° 460.

teur sur la même ligne que l'héritier envoyé en possession provisoire, quant à l'obligation de faire inventaire. Or, ceux qui obtiennent l'envoi provisoire doivent inventorier tous les biens qu'ils sont appelés à administrer; donc il en doit être de même du mari administrateur légal (1).

208. Le mari qui continue la communauté administre aussi les biens personnels de la femme. C'est le droit commun, sous le régime de la communauté légale. Mais il se peut que la femme se soit réservé l'administration de quelques-uns de ses biens; dans ce cas, le mari les administrera pour le compte de la femme. Comme administrateur des biens personnels de la femme, le mari n'a que des pouvoirs d'administration. Dans notre opinion, il ne peut pas aliéner le mobilier. Ceux qui admettent que l'aliénation des meubles est un acte d'administration reconnaissent naturellement au mari administrateur légal le même pouvoir (2). Il a aussi les obligations des envoyés en possession provisoire. Ici, il n'y a aucun doute, puisque la loi l'oblige à faire inventaire des biens de l'absent, au même titre que les envoyés en possession.

209. La femme présente a aussi l'administration légale de la communauté et des biens propres de son mari absent, quand elle opte pour la continuation de la communauté. Mais a-t-elle le même pouvoir que le mari? On décide généralement qu'elle doit être assimilée à un envoyé en possession; que partant elle n'est que dépositaire et administratrice. Il y a cependant un motif de douter. La femme *prend* l'administration, dit l'article 124. N'est-ce pas dire qu'elle la prend telle que le mari l'avait? ne doit-elle pas être considérée comme mandataire du mari, et comme telle, n'a-t-elle pas les mêmes pouvoirs que lui, c'est-à-dire le droit de disposer librement des biens de la communauté (3)? Nous ne croyons pas que telle soit la position de la femme. Le mariage subsiste, et par suite l'incapacité juridique dont la femme est frappée. Si elle a des biens personnels, elle ne peut les aliéner, les hypothéquer

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 376, n° 182.
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, n° 389-390.
(3) C'est l'opinion de Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 240, note 2.

qu'avec l'autorisation de justice. Comment aurait-elle des pouvoirs plus étendus, alors qu'elle administre la communauté et les biens personnels du mari? Pour admettre une pareille anomalie, il faudrait un texte précis. Or, le seul texte que l'on invoque, c'est l'article 124, qui ne parle que de l'administration. Il faut donc décider que la femme n'a qu'un pouvoir d'administrateur; elle ne peut ni aliéner ni hypothéquer. A l'appui de cette opinion, l'on peut citer l'article 1427 qui ne permet à la femme d'engager les biens de la communauté, en cas d'absence du mari, qu'avec autorisation de justice, alors même qu'il s'agit de l'obligation la plus favorable, de l'établissement de ses enfants. Il est vrai que l'article 1427 ne prévoit pas textuellement le cas où la femme continue la communauté, mais il prouve du moins que l'absence ne modifie en rien l'incapacité de la femme mariée, en ce qui concerne les actes d'aliénation. Telle est aussi la disposition de l'article 222 qui remplace l'autorisation du mari par l'autorisation de justice, quand le mari est absent. Enfin Bigot-Préameneu interprète la loi en ce sens dans son Exposé des motifs : il dit formellement que les droits que l'administration légale donne à la femme ne sont pas aussi étendus que ceux du mari, qu'elle ne peut ni aliéner ni hypothéquer les biens communs (1).

La femme n'a donc qu'un pouvoir d'administration. A-t-elle besoin de l'autorisation de justice pour administrer? On pourrait le croire, d'après la disposition générale de l'article 222 que nous venons de citer. Mais la question est de savoir si l'article 124 n'apporte pas une exception à la règle générale? Proudhon dit que le jugement qui confère à la femme l'administration de la communauté et celle des biens du mari l'autorise par cela même à faire tout ce qui est nécessaire pour administrer; que son incapacité ne subsiste que pour les actes de disposition et pour le droit d'ester en justice (2). C'est l'opinion générale. Elle se fonde sur un argument d'analogie qui nous paraît décisif. Quand la femme est séparée de biens, elle a la

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 257, n° 25. C'est l'opinion commune (Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 382, n° 285).
(2) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 305.

libre administration de son patrimoine; pourquoi? Parce que son administration serait entravée à chaque instant, si, pour tout acte qu'elle voudrait faire, elle devait s'adresser aux tribunaux. Si le jugement qui lui confère l'administration de ses biens, en cas de séparation, l'affranchit de la puissance maritale pour les actes d'administration, il y a identité de raison pour lui accorder la même capacité quand elle administre en vertu d'un pouvoir que la loi elle-même lui confère.

La femme doit-elle faire inventaire des biens dont elle prend l'administration, biens de la communauté, biens du mari? Pour la femme, l'affirmative n'est guère douteuse, car elle n'est réellement que dépositaire et administratrice, comme le sont les envoyés en possession provisoire. Il est donc logique de la soumettre aux mêmes obligations. Reste la difficulté de texte que nous avons écartée pour le mari, et que nous devons, à plus forte raison, écarter pour la femme; en effet, dans la rigueur du droit, les biens de la communauté sont les biens du mari absent. On peut donc dire que le texte décide la question, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Au conseil d'Etat, l'obligation de la femme de faire inventaire a été reconnue comme une chose incontestable (1).

L'article 124 ajoute que la femme, en optant pour la continuation de la communauté, conserve le droit d'y renoncer ensuite. Bigot-Préameneu dit que la femme commune tient de la loi le droit de renoncer à la communauté; si elle veut bien se charger de l'administration des biens communs, cette charge ne doit pas la priver d'un droit acquis (2). Opter pour la continuation de la communauté, ce n'est pas accepter la communauté; il ne peut pas s'agir de l'accepter ni d'y renoncer, puisqu'elle continue. Si cela est de droit commun, pourquoi la loi le dit-elle? C'est qu'il y avait un motif de douter. La femme commune a le droit de renoncer parce qu'elle reste étrangère à la communauté; si elle est mauvaise et si la femme est obligée de

(1) Séance du 4 frimaire an x (Locré, t. II, p. 236, n° 20).
(2) Exposé des motifs (Locré, t. II, p. 257, n° 25).

renoncer, c'est la faute du mari qui a mal géré, et la femme ne doit pas être responsable des suites d'une administration d'où elle est exclue. Ce motif n'existe plus quand la femme opte pour la continuation de la communauté; c'est elle alors qui administre, et ne doit-elle pas subir les conséquences de sa gestion (1)? La loi s'est prononcée en faveur de la femme par une considération d'équité. Il ne faut pas que le service qu'elle rend au mari, en se chargeant de l'administration, tourne à son préjudice. D'ailleurs, comme le dit l'orateur du gouvernement, il est possible que des affaires entreprises avant le départ du mari réussissent mal. Il serait injuste de rendre la femme responsable d'une gestion qu'elle ne fait que continuer.

210. Tels sont les droits et les obligations de l'époux administrateur légal. On demande s'il doit caution pour la sûreté de son administration. Nous sommes étonnés de voir la question controversée. Les uns disent que l'époux, qui opte pour la continuation de la communauté, doit donner caution par la même raison pour laquelle la loi l'oblige à faire inventaire; que d'ailleurs l'article 129 le suppose; il y a un arrêt de la cour de Paris en faveur de cette opinion. D'autres soutiennent que le conjoint administrateur légal ne doit pas caution, parce que la loi ne l'exige pas. Enfin il y en a qui distinguent entre le mari et la femme; ils soumettent la femme à l'obligation de fournir caution, puisqu'elle doit compte de sa gestion; ils imposent la même obligation au mari pour les biens communs (2). Il nous semble que la question est on ne peut plus simple. Suffit-il d'être administrateur pour être tenu de donner caution? Non, certes, puisque le tuteur ne doit pas caution, ni le mari administrateur des biens de sa femme. Il faudrait donc une disposition formelle pour que le mari et la femme, administrateurs légaux, fussent obligés de fournir caution. Où est le texte qui les y soumet? En traitant des effets de l'absence, le législateur définit

(1) Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 315, note 1.

(2) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 379 et suiv., n° 283.

avec soin les obligations de ceux qui sont appelés à administrer les biens de l'absent. Il veut que les héritiers présomptifs qui demandent l'envoi en possession donnent caution (art. 120); il veut que tous ceux qui exercent des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent donnent caution (art. 123). L'article 124, qui parle des époux, les oblige à fournir caution s'ils demandent la dissolution provisoire de la communauté; il ne les y oblige pas quand ils optent pour la continuation de la communauté. Cela décide la question. Vainement dit-on que l'article 129 suppose que des cautions sont fournies, en cas d'administration légale aussi bien que dans le cas d'envoi provisoire, puisqu'il déclare les cautions déchargées dans l'une et l'autre hypothèse. Ce n'est pas par voie de supposition que l'on peut créer des obligations, car cela aboutirait à faire la loi au lieu de l'interpréter. L'article 129 décharge les cautions quand il y en a; et qui nous dit quand il doit être donné caution? Ce n'est pas l'article 129, c'est l'article 124; le silence que garde cet article suffit pour décider la question en faveur de l'époux, administrateur légal.

211. Quand finit la communauté continuée par l'époux présent? Elle finit par les mêmes causes qui mettent fin à l'envoi provisoire. D'abord si l'absent revient ou donne de ses nouvelles. L'option est une suite de l'absence; quand il n'y a pas d'absence, il ne peut plus s'agir d'option ni d'administration légale; tout rentre dans le droit commun. Il en est de même si le conjoint absent vient à décéder; les mesures provisoires que l'absence entraîne font place, en ce cas, à l'exercice définitif des droits qui appartiennent aux héritiers. La communauté aura été dissoute, dans cette hypothèse, à partir du jour du décès prouvé, et le partage se fera en conséquence. S'il y a envoi en possession définitif, la communauté sera également dissoute; mais alors elle le sera à partir de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles, puisque c'est à ce moment que l'on remonte pour déférer les biens de l'absent à ses héritiers.

La communauté se dissout encore par la mort de l'époux présent, c'est le droit commun. Mais aura-t-on égard à la

date de la mort pour régler les droits des parties intéressées? Non, il y a lieu à l'envoi en possession provisoire des héritiers présomptifs de l'absent; or, pour cela on remonte au jour de la disparition ou des dernières nouvelles; la communauté sera donc censée dissoute à partir de ce jour, et partagée d'après la consistance qu'elle avait à cette époque.

Enfin, la communauté continuée peut encore cesser par la volonté de l'époux présent. Opter pour la continuation de la communauté est une faculté qu'il peut exercer ou ne pas exercer. L'option qu'il fait n'étant que facultative, ne lui impose aucune obligation de la continuer; il use d'une faveur, il y peut renoncer. Il est vrai que la loi prend en considération l'intérêt de l'absent, en confiant au conjoint présent l'administration de la communauté; mais elle n'oblige pas l'époux à s'en charger. Dès lors le conjoint n'étant lié ni par la loi, ni par une convention, est libre de renoncer à l'administration légale. Pour la femme, cela ne fait pas le moindre doute, puisqu'elle peut même renoncer à la communauté après avoir opté pour sa continuation. Le mari ne peut jamais renoncer à la communauté, mais n'étant pas plus lié que la femme par son option, rien ne l'empêche de cesser sa gestion. Il y a lieu, en ce cas, à l'envoi en possession provisoire des héritiers de l'absent, et par suite la communauté sera censée dissoute, non du jour où l'époux renonce à l'administration légale, mais à partir de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent (1).

212. Qui gagne les fruits perçus pendant l'administration légale? L'article 127 donne à l'époux les mêmes droits qu'aux envoyés en possession provisoire, donc les quatre cinquièmes des revenus, si l'absence a duré quinze ans depuis la disparition, et les neuf dixièmes, si elle a duré plus de quinze ans. Tous les auteurs s'accordent à critiquer cette disposition. Pourquoi la loi attribue-t-elle les fruits à l'époux administrateur légal? On conçoit qu'elle ait

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 285 et suiv., nos 10 et 11. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 395 et suiv., no 290.

attaché un avantage à l'administration en donnant au conjoint une certaine quotité de fruits. Mais on ne conçoit pas que cette quotité augmente avec la durée de l'absence. Cela est logique pour l'héritier présomptif, dont les droits acquièrent tous les jours plus de probabilité, à mesure que l'absence se prolonge. Cela est souverainement illogique en ce qui concerne le conjoint, dont les droits deviennent de plus en plus incertains, à mesure que l'incertitude de la vie de l'absent augmente (1). La critique est fondée, mais ne prouve-t-elle pas que la théorie du code civil n'est pas celle que les auteurs lui supposent? Ils sont surtout préoccupés des droits des héritiers, tandis que le législateur songe, avant tout, à sauvegarder les intérêts de l'absent; c'est dans cet esprit qu'il organise l'envoi provisoire; c'est encore dans cet esprit qu'il accorde de préférence l'administration de la communauté au conjoint présent. Pour engager soit les héritiers présomptifs, soit l'époux à se charger de cette administration, il leur donne une partie des fruits, sans distinguer entre eux et, à son point de vue, il n'y avait pas lieu de distinguer, puisque le motif pour lequel il leur accorde cet avantage est le même. La loi est donc logique, si l'on tient compte de son esprit.

212. L'application de la loi n'est pas sans difficulté. On demande d'abord à qui les fruits doivent être restitués, si l'absence dure moins de trente ans? D'après le texte de l'article 127, on serait tenté de répondre que les fruits ne doivent être rendus qu'à l'absent, s'il reparaît. Mais nous avons déjà repoussé cette interprétation en ce qui concerne les héritiers envoyés en possession provisoire; et comme le code met l'époux présent absolument sur la même ligne, il faut décider aussi que le conjoint doit faire la restitution des fruits à tous ceux auxquels il rend les biens. Sur ce premier point, il n'y a aucun doute sérieux. Mais que deviennent les fruits que l'époux gagne? Supposons d'abord que l'absent reparaisse. Le conjoint présent a perçu les fruits des biens communs et des biens propres

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 313, n° 8.

de l'absent; il gagne les quatre cinquièmes ou les neuf dixièmes; d'après le texte de la loi, il ne doit pas les rendre. Mais comment concilier cette disposition avec l'article 1401 qui fait entrer dans l'actif de la communauté tout le mobilier futur, c'est-à-dire tout ce que les époux gagnent par leur travail, tout ce qu'ils reçoivent à un titre quelconque? Dans l'espèce, la communauté subsiste, puisque l'époux absent reparaît. Donc les fruits que l'époux présent a perçus, bien qu'il les gagne d'après l'article 127, doivent être mis dans la communauté; pour mieux dire, elle en profite de plein droit, et sans distinguer les fruits perçus sur les biens communs des fruits perçus sur les biens personnels du conjoint absent. Sous le régime de la communauté légale, l'article 127 reste donc sans application. L'on a essayé de concilier l'article 127 et l'article 1401, en considérant les fruits comme une donation faite par la loi à l'époux présent, avec la clause que les choses données n'entreront pas en communauté (1). Cette explication est inadmissible, par cela seul que la loi ne la consacre pas. Il faut un texte pour que l'on puisse admettre qu'une donation est faite avec telle ou telle clause. A vrai dire, la loi ne fait pas de donation, car la donation est un contrat, et le législateur ne contracte pas, il ne stipule pas, il ne promet pas. Il ne s'agit pas d'une donation dans l'article 127, mais d'un avantage que la loi attache à une charge.

214. Nous avons supposé jusqu'ici que la restitution des biens se faisait à l'absent, c'est-à-dire que les fruits ont été perçus par le conjoint présent, pendant que la communauté subsistait. La restitution peut aussi se faire aux héritiers du conjoint absent. Cela a lieu d'abord quand l'absent vient à mourir. Dans ce cas, il faut distinguer Le conjoint présent a-t-il perçu les fruits après le décès de l'absent, l'article 126 recevra son application sans difficulté, puisque, dans cette hypothèse, la communauté est dissoute; il ne peut donc pas s'agir de verser les fruits dans la communauté. Quant aux fruits perçus avant le décès, ils l'ont été pendant la durée de la communauté, et

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 377, n° 464.

par suite elle en profitera indirectement, puisque tous les gains mobiliers faits par les époux lui appartiennent.

La restitution des biens se fait encore aux héritiers de l'absent, si la communauté continuée cesse par l'envoi définitif, ou par la renonciation de l'époux administrateur légal, ou par sa mort. Dans tous ces cas, on applique l'article 127, et sans distinction; car la communauté sera censée dissoute au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, époque à laquelle on remonte pour déterminer quels sont les héritiers qui obtiendront l'envoi en possession. Les fruits étant perçus pendant que la communauté était réputée dissoute, il ne peut pas s'agir de verser dans la communauté la part des fruits qui est attribuée à l'époux, administrateur légal.

Dans toute hypothèse, le conjoint administrateur ne gagne que les fruits perçus depuis son administration légale. C'est l'application des principes généraux. Les envoyés provisoires n'ont aucun droit sur les fruits perçus avant le jugement qui les envoie en possession. Or, l'époux administrateur légal prend la place des envoyés en possession; il ne peut donc jouir des fruits qu'à partir du moment où son administration commence (1).

§ III. *Dissolution provisoire de la communauté.*

215. Le conjoint présent peut aussi, aux termes de l'article 124, demander la dissolution provisoire de la communauté; il exercera alors ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels. C'est à raison de ces droits qu'il peut avoir intérêt à demander la dissolution de la communauté plutôt que la continuation. Les droits *légaux* sont ceux qui dérivent de la loi, sous le régime de la communauté légale. Chacun des époux reprend ses propres mobiliers et immobiliers, le prix de ceux qui ont été aliénés et dont il n'a pas été fait remploi, les indemnités ou récompenses que lui doit la communauté ;

(1) Voyez, sur l'interprétation de l'article 127, Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 319, et les notes de Valette. Marcadé, t. Ier, p. 308, n° 6.



chacun des époux a de plus sa part dans la communauté, sauf le droit que la femme a d'y renoncer (art. 1470 et 1474). Les droits conventionnels dérivent du contrat de mariage; ce sont le préciput (art. 1515), le mobilier exclu de la communauté (art. 1500 et 1498), le mobilier dont la femme stipule la reprise en cas de renonciation (art. 1514), les donations qui sont faites par l'un des époux à son conjoint.

La loi permet à l'époux présent d'opter pour la dissolution de la communauté, par application du droit commun. Tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent peuvent les exercer après la déclaration d'absence. L'époux présent doit avoir le même droit. La loi ajoute une condition pour l'exercice de ce droit, elle veut que le conjoint donne caution pour les choses susceptibles de restitution. C'est une obligation que la loi impose à tous les envoyés provisoires (art. 120 et 123). Il y a cependant une différence considérable pour l'étendue du cautionnement entre le conjoint et les autres ayants droit. Ceux-ci doivent donner caution pour tous les biens qu'ils administrent, parce qu'ils sont dans le cas de les restituer tous; tandis que le conjoint ne donne caution que pour les choses susceptibles de restitution : il y en a, en effet, qu'il ne doit pas restituer, et pour lesquels, par suite, il n'y a pas lieu à fournir des garanties. On doit, à cet égard, distinguer entre la femme et le mari.

Pour la femme, la distinction est sans intérêt; car si l'absent reparaît, elle doit tout restituer au mari, même ses biens propres, puisque le mari en a la jouissance. Toutefois, quant à ses propres, il y a à distinguer entre la propriété et l'usufruit. Le mari n'a droit qu'à la jouissance; c'est donc seulement comme usufruitier éventuel qu'il a droit à une garantie, et non comme propriétaire : le cautionnement sera fixé en conséquence. Il se peut même qu'il n'ait pas la jouissance de tous les biens de la femme; celle-ci peut se réserver certains biens pour ses besoins personnels. Cela est de droit, sous le régime dotal, pour les paraphernaux. Il est évident que la femme ne doit pas caution pour des biens sur lesquels le mari n'a aucun droit.

Quant au mari, il ne doit pas caution pour les biens qu'il prend dans le partage de la communauté. En effet, si la femme reparaît, la communauté n'aura jamais été dissoute, le mari en aura toujours été maître et seigneur; il pu en disposer, et s'il l'a fait, il ne doit rien restituer. A plus forte raison, ne doit-il pas caution pour les propres qu'il prélève avant le partage, car il en a également la libre disposition; il n'est donc pas tenu de les rendre. Doit-il caution pour les gains de survie? Non; il est vrai qu'il n'y a droit que si la femme meurt; si elle revient, son droit n'aura pas été ouvert, et les biens resteront à la communauté; mais par cela même, on ne peut pas dire qu'il est obligé de les rendre, car il est maître de ces biens et il en dispose comme il veut. Est-ce à dire que le mari ne doive jamais caution? S'il est donataire par institution contractuelle, il doit certainement rendre ces biens à la femme quand elle reparaît. Il en serait de même s'il était légataire. Mais devrait-il caution pour la toute propriété? Non, car si la femme revient, la communauté n'a jamais été dissoute; il aura donc eu le droit de jouir de ces biens; dès lors il ne doit pas caution pour l'usufruit (1).

216. Le conjoint qui opte pour la dissolution de la communauté doit-il faire inventaire? On enseigne généralement l'affirmative (2), et en théorie cette opinion est certainement fondée. Pourquoi l'époux doit-il caution? Parce qu'il a des biens à restituer, donc des comptes à rendre; or, la base de tout compte n'est-elle pas l'inventaire? A quoi servirait la caution si, à défaut d'inventaire, il était impossible de déterminer le montant de la responsabilité? Mais l'interprète ne peut imposer une obligation que la loi n'impose pas. Or, l'article 126 assujettit seulement à faire inventaire ceux qui obtiennent l'envoi provisoire, ainsi que l'époux qui opte pour la continuation de la communauté. N'est-ce pas dispenser de cette charge l'époux qui opte pour la dissolution de la communauté? La loi, il faut l'avouer, n'est pas toujours logique dans les mesures

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 380 et suiv., nos 469-470.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 406, n° 297.

qu'elle prescrit en cette matière. Ainsi, d'après le texte de l'article 124, le conjoint qui opte pour la dissolution de la communauté doit caution, tandis qu'il n'en doit pas s'il demande la continuation de la communauté. Où est la raison de différence? De même, l'article 126 oblige de faire inventaire tous ceux qui administrent provisoirement le patrimoine de l'absent, et il ne nomme pas l'époux qui opte pour la dissolution de la communauté. Quelle est la raison de différence? Il n'y en a pas plus dans un cas que dans l'autre. Il faut que l'interprète accepte la loi avec ses imperfections, il ne lui appartient pas de la corriger.

217. Quels sont les pouvoirs de l'époux qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté? Est-il propriétaire? est-il administrateur? L'article 124 répond à notre question. Il oblige l'époux à donner caution pour les choses susceptibles de restitution; celui qui doit restituer n'est évidemment pas propriétaire, il n'est qu'administrateur; c'est la raison pour laquelle la loi l'oblige à donner caution. Mais il y a aussi des choses que le conjoint ne doit pas restituer, et pour lesquelles, par suite, il ne doit pas caution; ici il n'est plus administrateur, il est propriétaire. D'après ce que nous venons de dire, la règle générale est que l'époux doit restituer et qu'il doit caution; cela est toujours vrai de la femme, elle n'a donc que des pouvoirs d'administration; dans notre opinion, elle ne peut pas disposer des biens, pas même des effets mobiliers; et l'on en voit la raison . elle est obligée de restituer, et comment restituerait-elle si elle aliénait? Mais comme la femme administre en vertu de la loi, il faut décider, comme nous l'avons fait dans l'hypothèse où elle continue la communauté, qu'elle peut faire les actes de simple administration, sans être autorisée de justice. Quant au mari, il ne doit pas, en principe, restituer les biens; il ne doit pas caution. C'est dire qu'il est propriétaire et qu'il peut faire des actes de disposition. Dans les cas où, par exception, il doit restituer les biens de la femme qu'il prend comme donataire ou légataire, il est simple administrateur, tenu, comme tel, à donner caution, et par conséquent

il ne peut faire que des actes d'administration; les actes d'aliénation qu'il ferait seraient nuls (1).

218. Le conjoint qui opte pour la dissolution de la communauté jouit des fruits, dans la proportion établie par l'article 127. La loi appelle *administration légale* la possession de l'époux qui opte soit pour la continuation de la communauté, soit pour la dissolution provisoire, et elle donne à l'administrateur légal la même jouissance qu'à l'héritier envoyé en possession provisoire. Il y a seulement cette différence, c'est que la continuation de la communauté cesse si l'absence a continué pendant trente ans depuis l'époque à laquelle l'époux commun aura pris l'administration des biens de l'absent; il n'y a donc pas lieu à l'envoi définitif au profit de l'époux qui continue la communauté. Tandis que s'il a opté pour la dissolution provisoire, il est assimilé à tous les envoyés provisoires, et par conséquent il peut demander l'envoi définitif.

S'il y a lieu à restitution des biens avant l'envoi définitif, on applique l'article 127, en le combinant, s'il y a lieu, avec les principes sur la communauté. C'est-à-dire qu'il faudra distinguer: si les fruits ont été perçus pendant la durée de la communauté, l'époux les gagne, à la vérité, en vertu de l'article 127, mais il doit les verser dans la communauté en vertu de l'article 1401. Quant aux fruits perçus après que la communauté était dissoute ou réputée dissoute, on applique l'article 127, sans aucune distinction.

SECTION IV. — Des enfants mineurs.

219. Que deviennent les enfants mineurs après la déclaration d'absence? Y a-t-il lieu, dans tous les cas, à l'ouverture de la tutelle? Il y a sur cette question une grande incertitude dans la doctrine. On est d'accord pour dire que le code civil ne s'occupe pas des enfants mineurs après la déclaration d'absence; d'où l'on conclut qu'il faut appliquer le principe général qui domine la déclaration d'ab-

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 293-295, n° 18.

sence; la présomption de mort, qui ouvre les droits des héritiers présomptifs, doit ouvrir également la tutelle. Il y a exception, suivant quelques auteurs, dans le cas où le conjoint présent opte pour la continuation de la communauté (1).

Le point de départ qui sert de base à l'opinion commune nous paraît plus que douteux. Est-il vrai que le code Napoléon ne s'occupe pas du sort des enfants après la déclaration d'absence? Le chapitre IV et dernier du titre de l'Absence est intitulé : *De la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu*. Ces termes sont généraux et embrassent la seconde période de l'absence aussi bien que la première. N'est-ce pas à dessein que les auteurs du code ont placé à la fin du titre IV le chapitre qui traite de la surveillance des enfants? N'est-ce pas marquer clairement que les dispositions de ce chapitre ne s'appliquent pas uniquement à la présomption d'absence? Dans les trois articles du chapitre, le législateur se sert toujours de ces expressions générales : *si le père a disparu, la disparition du père, si l'un des conjoints a disparu*. Pourquoi limiter ces expressions à une hypothèse particulière? Elles s'appliquent à la déclaration d'absence aussi bien qu'à la présomption d'absence. Il faut donc dire que la loi décide la question que nous avons posée : les articles 141, 142 et 143 concernent la seconde période de l'absence de même que la première. Voyons si les dispositions résistent à l'interprétation que nous leur donnons, d'après la place qu'elles occupent et d'après le sens naturel des expressions qui y sont employées.

220. Le père a disparu; la mère est présente; elle aura la surveillance des enfants mineurs, dit l'article 141, et exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens. Ce n'est pas la tutelle, c'est l'exercice de la puissance paternelle (2). Cela est incontestable pendant la présomption d'absence. On prétend que la déclaration d'absence remplace la puissance pater-

(1) Dalloz résume la doctrine générale (*Répertoire*, au mot *Absence*, nos 569-571).
(2) Voyez plus haut, p. 183, n° 145.

nelle par la tutelle. L'article 141 ne le dit pas. Il faudrait donc que cela résultât des principes de la tutelle combinés avec les principes de l'absence. Quand y a-t-il lieu à la tutelle? Quand l'un des père et mère vient à mourir; pendant la vie des père et mère, il n'y a jamais de tutelle. Dans l'espèce, la mère est présente; le père a disparu, il y a incertitude sur sa vie. Cette incertitude suffit-elle pour qu'on doive nommer un tuteur à ses enfants? Il faudrait un texte pour cela, et il n'y en a pas. L'article 141 exclut, au contraire, la tutelle, puisqu'il maintient la puissance paternelle. On invoque la présomption de mort, qui résulte, dit-on, de la déclaration d'absence. Nous répondons qu'il y a si peu présomption de mort, que la loi organise l'administration des biens de l'absent dans son intérêt. Elle le présume si peu mort qu'elle permet au conjoint présent de continuer la société des biens qu'il a contractée avec l'absent : continue-t-on une société avec une personne présumée morte? On prétend qu'après la déclaration d'absence la loi fait provisoirement tout ce que l'on ferait définitivement si la mort de l'absent était certaine; d'où l'on conclut qu'il faut organiser provisoirement la tutelle des enfants comme si l'absent était mort. Nous contestons ce prétendu principe; le droit que la loi donne au conjoint présent de continuer la communauté, et d'empêcher par là l'envoi en possession des héritiers, suffit pour mettre à néant et la présomption de mort et la théorie d'une ouverture provisoire de l'hérédité. Dès lors nous restons sous l'empire des principes qui régissent la tutelle : pas de tutelle tant que le décès de l'un des père et mère n'est pas prouvé.

On dit que si les héritiers présomptifs sont envoyés en possession, il y a nécessité d'ouvrir la tutelle, dans l'intérêt des enfants mineurs. Pourquoi la loi organise-t-elle la tutelle, bien que l'un des père et mère survive et ait l'exercice de la puissance paternelle? C'est parce que les enfants sont héritiers de leur père ou mère prédécédé; de là des conflits d'intérêts entre eux et le survivant des époux, et de là nécessité d'une nouvelle garantie pour les mineurs, garantie qu'ils trouvent dans la tutelle. Or, quand

l'un des conjoints a disparu et que son absence est déclarée, les enfants sont appelés provisoirement à sa succession; il y a donc conflit d'intérêts entre eux et le conjoint présent, et par conséquent nécessité d'organiser la tutelle. Il y a du vrai dans cette objection, mais elle s'adresse au législateur; l'interprète n'a pas à voir si la loi aurait dû organiser la tutelle, mais s'il l'a organisée. D'ailleurs on exagère l'opposition d'intérêts qui peut se trouver entre les enfants et le conjoint survivant. Il ne s'agit encore que d'une administration provisoire et non d'un partage définitif. Les intérêts ne sont définitivement réglés que dans la troisième période, et alors les enfants seront majeurs.

Le conjoint présent peut empêcher l'envoi provisoire des héritiers présomptifs en optant pour la continuation de la communauté. Dans le cas de l'article 141, les enfants sont les héritiers présomptifs. La loi subordonne donc leur intérêt à celui du conjoint présent. Y a-t-il lieu, dans ce cas, à la tutelle? La plupart des auteurs répondent négativement. C'est une inconséquence, dit M. Demolombe, et il a raison. N'y a-t-il pas présomption de mort par le fait seul que l'absence est déclarée? Les enfants ne peuvent-ils pas avoir des biens, et par suite n'y aura-t-il pas ce conflit d'intérêts qui rend la tutelle nécessaire (1)? Il faut choisir, ou décider que la tutelle est ouverte dans tous les cas, ou décider qu'elle n'est pas ouverte. Dans notre opinion, la déclaration d'absence et les mesures qui la suivent, l'envoi provisoire ou la communauté continuée ne concernent que l'administration des biens de l'absent; elles n'ont rien de commun avec la tutelle. La puissance paternelle, qui est dans les mains de l'époux présent, suffit pour sauvegarder les intérêts des mineurs.

221. Le père disparaît, la mère était décédée lors de cette disparition. Dans ce cas, la surveillance des enfants est déférée par le conseil de famille aux ascendants les plus proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire (art. 142). La tutelle est donc ouverte. C'est, comme nous

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 458, n° 335.

l'avons dit plus haut (n° 148), l'application du droit commun. La déclaration d'absence apportera-t-elle un changement à cet état de choses? Il nous paraît évident que non. Il y a un tuteur déjà pendant la présomption d'absence, ce tuteur continuera ses fonctions pendant la seconde période. Dira-t-on que l'article 142 ne parle que d'un *tuteur provisoire*, et qu'après la déclaration d'absence la tutelle sera définitive? Ce serait prêter un non-sens au législateur. La tutelle est et elle restera *provisoire*, puisque de droit c'est le conjoint absent qui est tuteur, et il sera réputé tuteur tant que sa mort ne sera pas prouvée; le tuteur nommé par le conseil ne peut donc être que provisoire.

Voilà donc une hypothèse dans laquelle la déclaration d'absence ne change rien aux mesures prises pendant la présomption d'absence. L'article 142 prévoit encore un autre cas : si la mère vient à décéder après la disparition du père et *avant que l'absence ait été déclarée*. Ces derniers mots, dit-on, prouvent qu'après la déclaration d'absence il y a lieu à appliquer les lois générales sur la tutelle. D'où l'on conclut que, toujours et dans toute hypothèse, il y a lieu à organiser la tutelle quand l'absence est déclarée. La conclusion n'est pas logique. En effet, l'article 142 prévoit seulement le cas où la mère décède pendant la première période; on ne peut donc pas appliquer ce qu'il dit au cas où la mère vit encore. Non-seulement cela est illogique, mais cela est contraire aux principes de droit en matière de tutelle. De ce qu'il doit y avoir tutelle quand la mère décède, conclura-t-on qu'il doit aussi y avoir tutelle quand la mère vit? Que veulent donc dire les mots : « si la mère vient à décéder *avant que l'absence du père ait été déclarée?* » Le sens est très-simple. On suppose que la mère décède six mois après la disparition du père. Organisera-t-on immédiatement une tutelle provisoire, ou attendra-t-on qu'il y ait déclaration d'absence? Telle est la seule difficulté que l'article 142 ait eu à décider; et il la décide dans l'intérêt des enfants. Bien que toutes les probabilités soient pour la vie de l'absent, bien que la tutelle lui appartienne, il faut pourvoir de suite à la surveillance des enfants; il faut donc nommer un tuteur qui rem-

place le père. Ce sera un tuteur provisoire, dit la loi. Est-ce à dire qu'après la déclaration d'absence on nommera un nouveau tuteur, lequel sera définitif? Nous avons d'avance répondu à la question. Tout est provisoire pendant la deuxième période de l'absence; le code même le dit, puisqu'il organise un envoi en possession provisoire. Comment la tutelle serait-elle définitive, alors que le vrai tuteur, c'est-à-dire le conjoint absent, peut reparaître d'un jour à l'autre?

Ainsi, dans les deux hypothèses prévues par l'article 142, la déclaration d'absence ne change rien aux mesures prises pendant la première période de l'absence. Il en est de même dans le cas de l'article 143, si l'un des époux disparaît, laissant des enfants mineurs issus d'un mariage précédent. La tutelle est ouverte avant la disparition de l'absent, elle continue après que le tuteur a disparu; mais comme il ne peut pas exercer ses fonctions, la loi veille à ce qu'il soit remplacé par un tuteur provisoire, lequel restera en exercice après la déclaration d'absence, tant que le conjoint présent ne reparaîtra point.

En définitive, le chapitre IV pourvoit à toutes les nécessités, s'il y a des enfants mineurs. La déclaration d'absence laisse subsister les mesures qui ont été prises pendant la présomption d'absence.

CHAPITRE IV.

DE L'ENVOI EN POSSESSION DÉFINITIF ET DE LA FIN DE L'ABSENCE.

SECTION I. — De l'envoi définitif.

§ Ier. *Quand il a lieu.*

222. L'envoi en possession définitif a lieu dans deux cas : d'abord si l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun a pris l'administration des biens de l'absent; ensuite s'il est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent (art. 129). Quel est le point de départ des trente ans, dans la première hypothèse? La loi le dit : c'est l'envoi provisoire ou l'administration légale de l'époux commun en biens. Malgré ce texte formel, la plupart des auteurs enseignent que le délai court depuis la déclaration d'absence. Ce n'est pas l'envoi provisoire, disent-ils, ou l'administration légale qui fait naître la présomption ou du moins la probabilité de mort, c'est la déclaration d'absence, prononcée après des enquêtes solennelles, et après une publicité qui pénètre dans toutes les parties du monde. Qu'importe donc quand l'envoi provisoire a lieu? qu'importe même qu'il ait lieu? Le jugement qui déclare l'absence n'en subsiste pas moins, avec toutes ses conséquences. Or, c'est sur la probabilité croissante du décès qu'est fondé l'envoi définitif. Dès lors le délai de trente ans doit courir à partir du jour où cette probabilité est légalement établie, donc à partir de la déclaration d'absence (1). Nous préférons l'opinion contraire professée par M. Plasman (2). Elle se fonde sur une autorité que l'interprète doit respecter, l'autorité de la loi. Quand le texte est aussi clair

(1) C'est l'opinion commune (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, n° 432).
(2) Plasman, *Code et Traité des absents*, t. Ier, p. 227.

qu'il peut l'être, de quel droit s'en écarterait-on? Prouve-t-on par hasard que le texte ne répond pas à l'intention du législateur? On ne cite pas une parole qui puisse faire soupçonner que le législateur n'a pas dit ce qu'il voulait dire. Et qu'on le remarque bien, l'article 129 reproduit deux fois la même décision : après avoir dit, « si l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, » la loi répète « ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun aura pris l'administration des biens de l'absent. » Evidemment si la pensée du législateur était de faire courir le délai depuis la déclaration d'absence, il eût été bien plus simple de le dire, au lieu de dire deux fois le contraire. Pour écarter le texte de l'article 129, Marcadé lui oppose l'article 127, aux termes duquel, *après trente années d'absence*, la totalité des revenus appartient à tous ceux qui ont administré les biens (1). Mais pour se prévaloir de l'article 127, il faudrait commencer par prouver que le mot *absence* y signifie *la déclaration d'absence;* or, cela est plus que douteux. Puis l'hypothèse de l'article 127 n'est pas celle de l'article 129; le premier concerne la quotité des fruits que la loi attribue à ceux qui administrent les biens; pour la régler, on a égard au temps qui s'est écoulé depuis la disparition ou les dernières nouvelles. Dans l'article 129, il s'agit de fixer le moment où l'envoi définitif aura lieu; ici la loi n'a plus égard à l'époque de la disparition ou des dernières nouvelles, mais à l'époque à laquelle l'envoi provisoire a commencé; les deux articles prévoyant des hypothèses différentes, l'un ne peut pas annuler l'autre.

Est-il vrai que le texte de l'article 129 est en opposition avec l'esprit de la loi? Le texte fait courir le délai de trente ans depuis l'envoi provisoire ou depuis l'administration légale, cela suppose qu'il y a un jugement qui déclare l'absence. Si l'envoi a lieu par le même jugement qui déclare l'absence, il n'y a plus de question. Si l'envoi a lieu par un jugement postérieur, le délai courra depuis ce second jugement; y a-t-il là quelque chose d'absurde, que la

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 320, n° 4.

raison ne puisse accepter? Non, certes. Mais si, après le jugement qui déclare l'absence, il n'y avait pas d'envoi, alors, dit-on, il serait absurde d'ajourner iudéfiniment l'envoi définitif. Nous pensons, au contraire, que, précisément dans cette hypothèse, la loi se justifie pleinement. Ce sont les héritiers présomptifs qui provoquent la déclaration d'absence, dans le but d'obtenir l'envoi en possession provisoire. L'absence est déclarée, puis les héritiers restent dans l'inaction. Qu'en faut-il conclure? C'est qu'il est venu des nouvelles de l'absent, que l'on a appris des faits que l'on ignorait; l'envoi provisoire sera donc ajourné. Nous le demandons, n'est-il pas logique, dans ce cas, de faire courir le délai de trente ans depuis l'envoi provisoire, au lieu de le faire courir depuis la déclaration d'absence?

223. Qui peut demander l'envoi définitif? Tous les ayants droit, dit l'article 129. Quels sont ces ayants droit? Régulièrement ce seront ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire. Mais c'est à dessein que la loi se sert d'une expression plus générale. D'abord il se peut qu'il n'y ait pas eu d'envoi provisoire; lorsque l'époux commun en biens opte pour la continuation de la communauté, ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent ne peuvent les exercer qu'après trente ans, quand il y a lieu à l'envoi définitif. Il peut aussi se faire que les héritiers les plus proches n'aient pas demandé l'envoi provisoire, n'importe pour quelle raison; ils pourront, en ce cas, demander l'envoi définitif. Car qui sont les *ayants droit* dont parle l'article 129? Ce sont les héritiers présomptifs. Et à quelle époque faut-il remonter pour déterminer quels sont ces héritiers? Il n'y en a pas d'autre que celle de la disparition ou des dernières nouvelles. L'article 120 le dit, et il sert à interpréter l'article 129. On ne pourrait fixer une autre époque que si l'on avait la preuve du décès de l'absent. Mais alors il ne serait plus question d'envoi en possession; il y aurait lieu de partager l'hérédité (1).

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Absent*, § 3.

224. Qui prononce l'envoi définitif? Le tribunal de première instance, dit l'article 129. Quand il y a lieu de prononcer l'envoi provisoire, la loi prescrit des enquêtes, elle ordonne la publicité des jugements préparatoires et définitifs. L'article 129 ne prescrit rien quand les ayants droit demandent l'envoi définitif. Sans doute parce que toutes les probabilités étant pour le décès de l'absent, les frais que l'on ferait seraient inutiles. Est-ce à dire que le tribunal n'ait pas le droit de faire une enquête? Tout ce que l'on peut induire du silence de la loi, c'est qu'il n'y est pas obligé; mais, en matière d'absence, le juge est le protecteur-né de l'absent. Il peut donc, s'il le juge utile, procéder à une enquête. Bigot-Préameneu suppose même que telle sera la marche régulière. « Le tribunal, dit-il, constatera dans la forme ordinaire, qui sera celle d'une enquête contradictoire avec le commissaire du gouvernement, que, depuis le premier envoi en possession, l'absence a continué sans qu'on ait des nouvelles (1). »

§ II. *Effets de l'envoi définitif.*

225. Un auteur français dit qu'il est assez difficile de définir le droit des envoyés définitifs, droit dans lequel il y a un peu de tout, propriété à beaucoup d'égards, et mandat sous certains rapports (2). Nous ne voyons pas où est cette difficulté. Bigot-Préameneu a parfaitement expliqué le but de l'envoi définitif et les droits qui en résultent pour les envoyés en possession. Il faut, dit-il, que l'état précaire où sont les héritiers pendant la seconde période de l'absence, cesse; lorsque trente-cinq années au moins se sont écoulées depuis la disparition, les héritiers ont le droit de demander que leur sort soit enfin fixé. En quel sens l'envoi définitif fixe-t-il leur sort? L'orateur du gouvernement répond qu'ils ne seront plus simples dépositaires des biens, que la propriété reposera sur leur tête, qu'ils pourront aliéner les biens. Est-ce à dire qu'ils soient propriétaires

(1) Exposé des motifs (Locré, t. II, p. 258, n° 29).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 174, n° 154.

irrévocables? Non, si l'absent revenait, le droit des héritiers envoyés en possession cesserait immédiatement. A l'égard de l'absent, les héritiers ne peuvent pas être propriétaires, car il n'y a pas d'hérédité d'un homme vivant. N'étant pas propriétaires, ils ne sont réellement que mandataires, administrateurs. Voilà leur double qualité. Pourquoi cette position, qui paraît contradictoire? pourquoi sont-ils tout ensemble propriétaires et administrateurs? Bigot-Préameneu nous le dit. L'intérêt public exige que les biens de l'absent rentrent dans le commerce. Il faut donc que les envoyés en possession aient le droit de les aliéner, et si l'absent reparaît, il devra respecter tous les actes faits par les héritiers.

Telle est la théorie de l'envoi définitif. Maintenant nous comprendrons pourquoi la loi lui donne ce nom. Il est définitif en ce qui concerne les rapports des envoyés en possession avec les tiers; tous les actes faits par les héritiers sont valables et restent valables, alors même que l'absent reparaîtrait; ils sont définitifs. Mais l'envoi n'est pas définitif à l'égard de l'absent, et il ne peut pas l'être. Le projet de code déclarait les envoyés propriétaires incommutables, même à l'égard de l'absent. C'était une vraie hérésie juridique, car c'était dire qu'il y a des héritiers d'un homme vivant, et donner la préférence aux héritiers en face de celui de qui ils tiennent leur droit. La théorie du code, bien qu'en apparence contradictoire, est très-logique; c'est le principe de la propriété révocable, mais révocable sans rétroactivité. L'intérêt public veut que les envoyés en possession soient propriétaires à l'égard des tiers; le droit de l'absent ne permet pas qu'ils le soient à son égard. Ils sont donc propriétaires aussi longtemps que l'absent ne reparaît point; du moment qu'il revient, leur droit est révoqué, mais seulement pour l'avenir.

226. L'article 129 dit que les ayants droit pourront demander le partage des biens de l'absent. Cette disposition établit une différence radicale entre l'envoi définitif et l'envoi provisoire. Les envoyés provisoires ne sont qu'administrateurs; comme tels, ils peuvent bien se partager l'administration, mais on ne conçoit pas qu'ils se parta-

gent la propriété ni même la jouissanee des biens de l'absent (1). C'est seulement quand il y a lieu à l'envoi provisoire que leur sort est fixé, comme le dit Bigot-Préameneu. Ce n'est donc qu'à cette époque qu'ils peuvent demander le partage. L'envoi définitif n'est pas autre chose qu'un partage.

Puisque les héritiers se partagent les biens de l'absent, il faut en conclure que la masse à partager doit être formée d'après les principes généraux sur les successions. Donc si l'un d'eux a reçu des libéralités sans clause de préciput, il les doit rapporter. Et si le défunt avait donné ou légué des biens au delà de la quotité disponible, les héritiers réservataires auraient le droit de demander la réduction. Vainement objecterait-on qu'ils sont envoyés en possession des biens de l'absent, et que les biens donnés entre vifs sont sortis définitivement de son patrimoine. On répond, et la réponse est décisive, que l'envoi définitif n'est pas un simple envoi en *possession*, puisque la loi autorise les héritiers à partager les biens; or, avant que l'on puisse partager, il faut former la masse partageable, ce qui nécessite le rapport et la réduction. Le système contraire conduirait à une absurdité : c'est qu'il n'y aurait jamais lieu à réduction des libéralités excessives, à moins que par hasard on ne pût prouver le jour du décès de l'absent.

Les héritiers se partageant les biens, se partagent par cela même les dettes; ils sont tenus de les payer comme successeurs universels. Mais sont-ils tenus *ultra vires?* Nous ne croyons pas que l'on puisse pousser jusque-là l'assimilation de l'envoi définitif et de l'ouverture de l'hérédité. La succession n'est réellement pas ouverte; elle ne l'est que par la preuve du décès de l'absent. C'est la disposition formelle de l'article 130. Il n'y a donc pas lieu à appliquer le principe de la saisine. Ce qui le prouve, c'est que les héritiers doivent se faire envoyer en possession par le tribunal. La loi ne les considère donc pas comme saisis; or, l'obligation de payer les dettes *ultra vires* est une consé-

(1) Voyez plus haut, p. 264 et suiv., n[os] 195 et suiv. Comparez Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, n° 444.

quence de la saisine. Puisque les héritiers ne sont pas saisis, ils ne continuent pas la personne de l'absent ; simples successeurs aux biens, ils ne sont tenus des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils recueillent. La loi ne prescrit pas de constater les biens par un inventaire, parce qu'elle suppose que les dettes auront été liquidées et payées pendant les trente années de l'envoi provisoire.

227. Les envoyés définitifs peuvent disposer des biens de l'absent, à titre onéreux. La loi ne le dit pas d'une manière formelle, cependant il n'y a aucun doute. Cela résulte d'abord de l'article 128, d'après lequel ceux qui ne jouissent que de l'envoi provisoire ne peuvent aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent. Suit immédiatement la disposition qui permet aux ayants droit de demander le partage des biens, dans la troisième période de l'absence. Ce partage porte sur la propriété ; donc les héritiers envoyés en possession définitive deviennent propriétaires, et, par suite, à la différence des envoyés provisoires, ils peuvent aliéner et hypothéquer. L'article 132 le dit implicitement. Si l'absent reparaît et si des biens ont été aliénés, que deviennent les aliénations ? L'absent recouvre le prix des biens vendus ; les aliénations subsistent donc, parce qu'à l'égard des tiers, les héritiers ont été propriétaires et ont eu le droit d'aliéner. C'est en ce sens que la loi dit que l'absent recouvre ses biens dans l'état où ils se trouvent.

Il n'y a aucun doute sur ce point. Mais les envoyés en possession ont-ils aussi le droit de faire des donations ? Les articles 128 et 132 supposent des actes à titre onéreux ; dans l'article 128, cela est évident, puisque les envoyés provisoires ne sont qu'administrateurs et qu'un administrateur ne peut jamais disposer à titre gratuit ; l'article 132 donne à l'absent un droit au prix des biens aliénés, ce qui implique une vente. Faut-il conclure de là que les envoyés définitifs ne peuvent pas donner les biens de l'absent ? Tous les auteurs enseignent qu'ils le peuvent. Quel est en effet le principe de la loi quant au droit des envoyés ? Ils sont propriétaires à l'égard des tiers. Or, un des attri-

buts du droit de propriété, c'est le droit de disposer à titre gratuit et à titre onéreux. Les envoyés en possession, étant propriétaires, jouissent du droit de disposer. Il faudrait une loi qui leur enlevât le droit de donner, pour qu'ils fussent privés d'une faculté qui est inhérente à la propriété; or, cette loi n'existe pas; les articles 128 et 132 supposent des actes à titre onéreux, mais ils ne contiennent aucune prohibition de disposer à titre gratuit. On peut même invoquer l'article 132 en faveur de l'opinion générale. Avant de parler du prix des biens aliénés, la loi dit que l'absent recouvre ses biens dans l'état où ils se trouvent; l'absent ne reprend donc que les biens qui se trouvent encore dans les mains des envoyés; donc s'ils en ont disposé, l'absent ne peut pas les revendiquer; peu importe à quel titre l'aliénation ait été faite, la loi ne distingue pas. Cela est décisif (1).

228. Quelle est la position des envoyés en possession définitive à l'égard de l'absent? Ils ne sont pas propriétaires; nous venons de dire que la doctrine contraire, admise par le projet de code, était une hérésie juridique. Faut-il donc décider qu'ils ne sont que simples administrateurs? Ils le sont, en effet, mais avec des droits plus étendus. D'abord ils gagnent tous les fruits. Déjà pendant la seconde période, ceux qui obtiennent l'envoi provisoire ont droit à la totalité des fruits quand trente ans se sont écoulés depuis la disparition de l'absent; à plus forte raison, quand l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, les ayants droits doivent-ils jouir de tous les fruits. Ne sont-ils pas propriétaires? A ce titre, les fruits leur doivent appartenir. Leur pouvoir d'administration est aussi plus étendu que celui des administrateurs ordinaires, et par la même raison. Ils administrent comme propriétaires, ils peuvent par conséquent faire des baux qui excèdent neuf années. De plus, ils ne sont plus comptables de leur gestion, car ils gèrent pour eux bien plus que pour l'absent; ils peuvent donc user et abuser; en ce sens encore, il faut dire, avec l'article 132,

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. 1er, p. 407, n° 505.

que si l'absent reparaît, il recouvre ses biens dans l'état où il les trouve. Enfin, il n'y a plus aucune garantie prescrite par la loi dans l'intérêt de l'absent, ni inventaire, ni caution.

229. L'article 129 porte que les cautions sont déchargées. Le sont-elles de plein droit, ou seulement par l'effet du jugement qui prononce l'envoi en possession définitif? C'est encore une de ces questions que l'on est étonné de voir controversées, parce que le texte du code les décide. L'article 129 est formel. « Si, dit-il, l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, les cautions seront déchargées. » C'est donc la loi qui les décharge. Après cela, l'article ajoute que les ayants droit pourront demander le partage des biens de l'absent, c'est-à-dire faire prononcer l'envoi en possession définitif. La décharge des cautions a donc lieu avant que l'envoi soit prononcé. Il eût été plus logique de ne décharger les cautions qu'après l'envoi définitif et en vertu du jugement qui le prononce. Car jusque-là l'envoi provisoire continue, et tant qu'il y a envoi provisoire, il devrait y avoir cautionnement. Mais il y a une considération supérieure à la logique, c'est l'équité: le code la préfère à la rigueur du droit. Il ne faut pas que l'obligation des cautions dépende de la négligence des envoyés en possession. Il se peut qu'ils ne demandent pas l'envoi définitif, pour ne pas faire les frais d'un jugement qu'eux supporteraient, puisqu'il est plus que probable que l'absent ne reparaîtra pas. En résultera-t-il que les cautions seront tenues indéfiniment? Certes, cela serait contraire à la justice. Le législateur a donc bien fait de les décharger, non pas à partir du jugement, mais à partir du moment où il y a lieu à l'envoi définitif (1).

230. Les cautions sont-elles déchargées même pour le passé? C'est l'opinion commune (2); elle nous paraît plus que douteuse. Il est vrai que la loi dit d'une manière absolue : « Les cautions *seront déchargées*. » Mais cela

(1) C'est l'opinion généralement suivie (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, n° 160).

(2) C'est l'opinion générale (Duranton, t. Ier, p. 405, n° 502; Demolombe, t. II, p. 181, n° 161).

signifie que dans la troisième période de l'absence, il n'y a plus de cautionnement; cela ne veut pas dire que les cautions soient affranchies de la responsabilité qu'elles ont pu encourir pendant l'envoi provisoire. On prétend qu'elles peuvent invoquer la prescription, parce que leur engagement prend naissance au moment où l'envoi provisoire est prononcé; trente ans après cet envoi, elles sont déchargées, parce que l'action des tiers est prescrite. Cela est contraire aux principes qui régissent la prescription. Quand l'action de l'absent contre les cautions commence-t-elle à courir? Est-ce du moment de l'envoi provisoire? Il n'y a d'action contre les cautions que lorsque les envoyés en possession ont par leur faute causé un dommage à l'absent; c'est seulement de ce moment que l'action naît, et contre les envoyés et contre les cautions. Il est donc possible que l'action naisse seulement pendant la trentième année de l'envoi provisoire. Dans l'opinion commune, elle se prescrirait au moment même où elle naît. Cela est inadmissible (1).

Il y a un auteur qui va plus loin. Marcadé dit qu'après l'envoi définitif, l'administration des envoyés pendant l'envoi provisoire ne peut plus être critiquée. « Il en doit être ainsi, dit-il, puisque, à partir de ce moment, les envoyés vont pouvoir vendre, donner, dissiper comme ils l'entendront, tous les biens de l'absent. » Sans doute après l'envoi définitif, les envoyés en possession sont considérés comme propriétaires à l'égard des tiers, et bien qu'à l'égard de l'absent ils ne le soient pas, leur administration ne peut plus être critiquée. La loi le dit : « Si l'absent reparaît, il recouvre ses biens dans l'état où ils se trouvent. » Mais, de ce qu'ils sont propriétaires et administrateurs irresponsables après l'envoi définitif, s'ensuit-il que pendant les trente ans de l'envoi provisoire ils n'aient pas été dépositaire set administrateurs comptables? Si, par leur mauvaise gestion, ils ont encouru la responsabilité qui pèse sur eux, l'absent aura une action; cette action ne pourra-t-elle pas être exercée après l'envoi définitif? Nous cherchons vaine-

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 319, no 2 de l'article 129.

ment un motif juridique qui empêcherait l'absent d'agir, aussi longtemps que son action n'est pas prescrite.

231. Quelles sont les obligations des envoyés en possession à l'égard de l'absent, si celui-ci revient après l'envoi définitif? C'est ce que nous allons voir, en traitant de la fin de l'absence.

SECTION II. — Fin de l'absence.

§ Ier. *Retour de l'absent.*

232. Nous avons déjà dit que dans les deux premières périodes de l'absence, les effets de l'absence cessent du moment où l'absent reparaît ou que son existence est prouvée. La loi le dit pour l'envoi provisoire (art. 131), et elle ajoute immédiatement : « Si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée, même après l'envoi définitif, il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus (art. 132). » Il y a une grande différence entre les deux hypothèses. Si l'absent revient pendant l'envoi provisoire, il reprend ses biens tels que les envoyés en possession les ont reçus; si ceux-ci les avaient aliénés, l'absent pourrait les revendiquer contre les tiers acquéreurs, sauf l'application de l'article 2279, et il aurait contre les envoyés l'action qui naît de leur responsabilité. Tandis que s'il reparaît après l'envoi définitif, il doit prendre ses biens dans l'état où ils se trouvent. Nous allons voir quel est le principe qui régit les rapports entre l'absent et les envoyés en possession définitive. Constatons d'abord que l'absent, à quelque époque qu'il revienne, peut exercer les droits que lui reconnaît l'article 129. Aucune prescription ne peut lui être opposée. Que sont, en effet, les envoyés, même définitifs, à l'égard de l'absent, s'il revient? Des administrateurs, donc des détenteurs précaires; or, ceux qui possèdent à titre précaire « ne prescrivent jamais, par quelque laps de temps que ce soit (art. 2236). » Vainement dirait-on qu'ils sont propriétaires à l'égard des tiers; ils ont une

double qualité ; à l'égard de l'absent, ils ne peuvent pas invoquer leur qualité de propriétaires, puisqu'elle repose sur leur titre d'héritier; or, il n'y a point d'héritier d'un homme vivant (1).

Remarquons encore que si l'absent donne de ses nouvelles pendant l'envoi définitif, mais sans reparaître, les effets de l'envoi cesseront, à la vérité; toutefois si l'absent ne nomme pas de mandataire, il y aura lieu d'appliquer, par analogie, ce que l'article 131 dit de l'envoi provisoire, c'est-à-dire que le tribunal prescrira les mesures nécessaires pour l'administration des biens de l'absent.

233. Les envoyés en possession définitive sont propriétaires à l'égard des tiers, et à l'égard de l'absent, administrateurs irresponsables. De là le principe formulé par Proudhon et admis par tous les auteurs : « L'héritier envoyé en possession définitive ne doit, lors de la restitution qui lui est prescrite, être soumis à aucune perte, ni conserver aucun avantage provenant des capitaux de l'absent (2). » Il est tenu en tant qu'il s'est enrichi. Ce principe est fondé en raison. L'héritier envoyé en possession définitive, après trente-cinq ou quarante et un ans d'absence, ou quand cent ans se sont écoulés depuis la naissance de l'absent, doit se croire héritier définitif, donc propriétaire; il ne peut plus s'attendre au retour de l'absent. Par suite, il gère les biens de l'absent comme il gère les siens ; pour mieux dire, les deux patrimoines se sont confondus pour n'en former qu'un seul. Si l'héritier gère mal, il en a le droit, puisqu'il peut user et abuser : c'est sa propre chose qu'il néglige, comme le disent les lois romaines en parlant de l'héritier apparent (3). Si donc il se trouve qu'il doit restituer les biens de l'absent, il est juste qu'il fasse cette restitution dans la limite de ce dont il s'est enrichi ; il ne peut rien retenir de ce qui ne lui appartient pas, mais il serait injuste qu'il fût obligé de restituer au delà; car alors il serait en perte, et en perte pour avoir usé de son droit, sans qu'il y ait aucune faute à lui repro-

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 411, n° 510.
(2) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 329.
(3) L. 20, § 6 ; L. 25, § 11 ; L. 31, § 3, D., *de heredit. petitione* (V, 3).

cher. Si l'absent est lésé, c'est par sa négligence : reste-t-on plus de trente-cinq ans, plus de quarante et un ans sans veiller à ses intérêts, quand on laisse des biens en souffrance?

234. Pour l'application du principe, il faut voir d'abord si les biens de l'absent sont encore dans les mains des envoyés en possession. Il les recouvre, en ce cas, dit l'article 132, dans l'état où ils se trouvent. Si les envoyés ont concédé des droits réels sur les immeubles, ces droits subsisteront; l'absent doit respecter ces actes, parce que les envoyés avaient le droit de les faire. Leur propriété est, à la vérité, révoquée; mais le texte de l'article 132 prouve qu'elle ne l'est pas rétroactivement. Ils sont considérés comme ayant été propriétaires jusqu'au moment où l'absence cesse, et elle cesse du jour où l'absent reparaît ou du jour où son existence est prouvée. Les actes qu'ils ont faits jusque-là sont valables; ceux qu'ils feraient depuis seront nuls. Quant à leur gestion comme administrateurs, elle est à l'abri de toute critique, toujours en vertu de la loi qui dit que l'absent reprend ses biens dans l'état où il les trouvera. A cet égard, les envoyés ne sont pas traités comme administrateurs, ils sont réputés avoir agi comme propriétaires, et à ce titre ils ont eu le droit d'abuser. Cela suppose qu'ils sont de bonne foi, car c'est sur leur bonne foi que repose le principe posé par l'article 132. S'ils avaient connaissance de la vie de l'absent, ils cesseraient d'être propriétaires pour n'être plus que de simples dépositaires.

235. Si les biens ont été aliénés, l'absent a droit au prix. La loi n'exige pas que le prix soit encore dû, comme elle le fait pour l'ascendant donateur qui reprend les biens donnés dans la succession du donataire. Il est vrai que du moment où le prix est payé, il n'y a plus de prix, la somme payée au vendeur s'étant confondue avec le reste de son patrimoine. Dans l'article 132, il faut donner au mot *prix* un sens plus large. Il s'agit de déterminer à quoi l'absent a droit, si ses biens ont été aliénés. Est-ce la valeur? est-ce le prix qui a été touché par les envoyés? La loi décide que c'est le prix. C'est une application du principe général.

Les envoyés en possession sont tenus en tant qu'ils se sont enrichis, et de quoi se sont-ils enrichis en cas de vente? Du prix et non de la valeur. C'est donc le prix qu'ils doivent restituer à l'absent.

Les envoyés en possession doivent-ils toujours restituer le prix qu'ils ont touché? Le doivent-ils alors même qu'ils l'ont dissipé? La question est controversée. A première vue, on pourrait croire que le texte décide la question contre les envoyés : l'absent, dit l'article 132, recouvre le prix des biens qui auraient été aliénés, donc le droit au prix ou la somme payée (1). Cette interprétation serait en opposition avec le principe même que l'article 132 établit. Les envoyés en possession définitive ne sont tenus qu'en tant qu'ils se sont enrichis; c'est en ce sens que la loi dit qu'ils doivent le prix, parce que, en général, ils s'enrichissent du prix, la somme payée entrant dans leur domaine. Mais si de fait ils n'en ont pas profité, s'ils l'ont dissipé en travaux de simple agrément, devront-ils néanmoins le restituer? Non, car ils ont eu le droit de le dissiper, ils ont eu le droit de l'employer en dépenses voluptuaires; et en usant de leur droit, ils ne peuvent pas encourir de responsabilité, celui qui use de son droit ne faisant tort à personne. L'absent leur ferait, au contraire, tort s'il pouvait réclamer le prix dont les envoyés n'auraient pas profité. Ce serait une dérogation au principe posé par la loi, et une dérogation contraire à l'équité. La négligence de l'absent doit nuire à l'absent et non aux envoyés en possession (2).

Il reste encore une difficulté. Le prix a été employé à des travaux, en partie utiles, en partie de simple agrément, les héritiers ne se sont donc enrichis que d'une partie du prix. Est-ce à l'absent à prouver de quoi ils se sont enrichis? On pourrait le croire, puisqu'il est demandeur. Mais n'est-ce pas ici le cas d'appliquer le texte de l'article 132? La loi lui donne un droit au prix, si ses

(1) C'est l'opinion de Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 329, note.

(2) C'est l'opinion commune (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, nos 594 et 596).

biens ont été aliénés. Tout ce qu'il a donc à prouver, c'est qu'il y a eu vente et quel est le prix. Si les envoyés prétendent qu'ils ne doivent pas restituer tout le prix parce qu'ils ne s'en sont pas enrichis, c'est à eux à prouver ce fait, car ils opposent une exception à l'absent et ils deviennent demandeurs quant à cette exception. Cette décision est aussi fondée en équité. Régulièrement le prix profite au vendeur, parce que c'est pour son profit qu'il vend. Dès lors l'absent doit avoir le droit de réclamer le prix de ses biens qui ont été aliénés, sauf aux envoyés en possession à établir qu'ils n'ont pas profité de tout le prix. A vrai dire, eux seuls sont en état de faire cette preuve; il est donc juste que la loi la leur impose (1).

236. L'article 132 ajoute : « Ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus. » Cette disposition a donné lieu à des interprétations diverses (2). Les uns y voient une alternative, avec le choix pour les envoyés en possession; ils auraient donc le droit de restituer soit le prix, soit les biens qu'ils auraient acquis avec le prix. Cette opinion doit être rejetée parce qu'elle conduirait à des conséquences qui sont en opposition avec le principe posé par la loi. Si les biens valaient plus que le prix, les envoyés restitueraient le prix et ils s'enrichiraient par conséquent aux dépens de l'absent; or, s'ils ne doivent pas perdre, ils ne doivent pas non plus s'enrichir. D'autres auteurs distinguent. Si une déclaration d'emploi a été faite par les envoyés en possession, l'absent a droit aux biens achetés en remploi, et il doit aussi les prendre. Il nous semble que cette opinion se place hors du texte de la loi et hors de la réalité des choses. Le texte ne parle pas de *remploi* ni de *déclaration* de remploi, et cela par une excellente raison. Comment veut-on que les envoyés en possession songent à faire des déclarations de remploi? Cela se comprend sous le régime de la communauté légale, quand un époux vend un immeuble qui lui est propre, et qu'en-

(1) Comparez Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 185 et suiv., n° 171.
(2) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. II, p. 191 et suiv., n° 174.

suite le mari en achète un autre avec les deniers provenant de la vente; car dans ce cas la restitution du prix doit nécessairement se faire, et l'époux qui a vendu peut préférer qu'il soit fait remploi du prix. Mais comment veut-on qu'après quarante ou cinquante ans d'absence, les envoyés en possession songent encore à l'obligation où ils seraient de restituer le prix si l'absent reparaissait? Laissons là toutes ces hypothèses et tenons-nous au texte et à l'esprit de la loi. Quand il y a eu emploi du prix, dit l'article 132, l'absent prend les biens provenant de l'emploi. Pourquoi les biens et non le prix? Parce que le principe est que les envoyés en possession restituent en tant qu'ils se sont enrichis. Et de quoi s'enrichissent-ils quand ils ont fait emploi du prix? Des biens qu'ils ont achetés. Donc ce sont ces biens que l'absent peut réclamer, en toute hypothèse, sans distinction aucune.

237. Que faut-il décider si les envoyés en possession ont disposé des biens à titre gratuit? Sont-ils tenus à une restitution? D'après le texte et d'après l'esprit de la loi, il faut répondre négativement. Il n'y a pas de prix, donc pas d'emploi; nous restons par conséquent sous l'empire de la disposition générale qui veut que l'absent reprenne ses biens dans l'état où ils se trouvent. Les envoyés ne se sont pas enrichis en donnant, donc ils ne sont tenus à rien. On admet cependant une exception à cette décision, quand les biens ont été donnés en dot. On fonde cette exception sur l'obligation naturelle imposée au père de doter ses enfants. Ce motif n'est pas suffisant. Le père ne peut pas être forcé à doter ses enfants (art. 204); en les dotant, il ne paye donc pas une dette, partant il ne s'enrichit pas en ce sens. Toutefois l'opinion générale se justifie par le principe que le code suit en cette matière. Les envoyés en possession sont tenus en tant qu'ils s'enrichissent. Ils s'enrichissent de fait, quand pour doter un enfant ils lui donnent un bien de l'absent, au lieu de lui donner un bien à eux propre; car ils épargnent leur patrimoine et le conservent. Cela suppose qu'ils auraient donné, et donné la même dot, quoiqu'ils n'eussent pas joui des biens de l'absent. Ils peuvent soutenir, et avec raison, que se croyant

propriétaires du patrimoine de l'absent et par suite riches, ils ont donné une dot qu'ils n'auraient pas donnée, ou qu'ils l'auraient donnée moindre s'ils ne s'étaient pas crus propriétaires. C'est à eux à prouver ces allégations ; s'ils font la preuve, ils ne devront restituer que dans la limite où ils se sont enrichis en épargnant leur patrimoine propre (1).

§ II. *Droits des enfants de l'absent.*

238. Il est rare que l'absent revienne après l'envoi en possession définitif. Un cas qui ne sera pas aussi rare, dit Bigot-Préameneu, est celui où l'absent a une postérité dont l'existence n'aurait point été connue pendant les trente-cinq ans qui doivent au moins s'être écoulés avant que les autres héritiers présomptifs aient été définitivement envoyés en possession. Absents eux-mêmes, les enfants ou descendants de l'absent viennent dans la patrie de leur père, et ils trouvent des collatéraux en possession des biens qu'il y a laissés. Quel est leur droit? L'article 133 répond qu'ils pourront demander la restitution de ses biens, dans les trente ans à compter de l'envoi définitif. On suppose que l'absent ne vit plus, ou du moins l'on ignore s'il est encore en vie; car s'il vivait, c'est lui qui recouvrerait ses biens, comme il est dit en l'article 132. On suppose encore que l'on n'a pas la preuve du décès de l'absent ; si l'absent est décédé, les enfants sont ses héritiers les plus proches, ils succèdent à leur père, et ils agissent contre les envoyés en possession, en vertu de l'article 130. L'article 133 ne prévoit aucune de ces hypothèses; les descendants de l'absent n'invoquent d'autre titre que leur descendance; cela suffit pour qu'ils soient préférés à des collatéraux. C'est ainsi que l'orateur du gouvernement explique la loi (2). Il résulte de là que la seule preuve qu'ils aient à faire est celle de leur filiation;

(1) C'est l'opinion de Duranton, t. Ier, p. 408, n° 506, suivie par tous les auteurs.
(2) Exposé des motifs, n° 30 (Locré, t. II, p. 259).



c'est cette qualité qui leur donne un titre préférable pour obtenir la possession des biens de leur père.

L'action des descendants tend donc à obtenir la possession des biens; ils sont des envoyés en possession privilégiés. Mais en quoi consiste ce privilége? N'ont-ils pas droit à l'envoi en possession d'après les principes de droit commun? Il est vrai que les parents les plus proches de l'absent au jour de sa disparition doivent obtenir de préférence l'envoi définitif, et les descendants sont les plus proches héritiers. Mais, d'après le droit commun, ils devraient agir dans les trente ans à partir de l'envoi provisoire, tandis que l'article 133 leur permet d'agir dans les trente ans à compter de l'envoi définitif.

Si les descendants sont privilégiés quand on les compare aux collatéraux, il n'en est pas de même quand on les compare à leur père. Le droit de l'absent est imprescriptible, tandis que celui de ses descendants se prescrit par trente ans. Quelle est la raison de cette différence? L'orateur du gouvernement l'a expliquée dans l'exposé des motifs. A partir de l'envoi définitif, les collatéraux possèdent comme propriétaires, pour mieux dire, ils sont propriétaires; si, en outre, ils possèdent pendant trente ans, le plus long temps requis pour la prescription, ils doivent avoir le droit de l'opposer même aux descendants. Il n'y a pas de raison pour que l'action des descendants soit imprescriptible (1). Il en est autrement de l'absent. S'il reparaît, n'importe à quelle époque, les droits de ses héritiers présomptifs s'évanouissent, ils ne sont plus que des détenteurs précaires, partant ils ne peuvent invoquer aucune prescription. A l'égard des descendants de l'absent, ils ne sont pas détenteurs précaires; dès lors ils peuvent prescrire (2).

239. Quelle est l'étendue des droits exercés par les descendants de l'absent? L'article 133 répond à la question : « Ils demandent la restitution de ses biens, *comme il est dit en l'article précédent.* » C'est-à-dire qu'ils recou-

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 259, n° 31.
(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 331 et suiv., n° 2 de l'art. 133

vrent les biens de leur père dans l'état où ils se trouvent: on applique aux enfants ce que nous avons dit de l'absent qui reparaît. Il ne peut pas être question de restituer les fruits, puisque les envoyés en possession définitive gagnent tous les fruits qu'ils perçoivent.

§ III. *Droits des collatéraux.*

240. On suppose qu'il y a des parents plus proches que ceux qui ont obtenu l'envoi en possession définitif. Ont-ils encore une action contre les envoyés? Il est certain qu'ils n'ont pas l'action privilégiée que la loi accorde aux descendants de l'absent. Par cela même que l'article 133 consacre un privilége, il doit être limité à ceux au profit desquels la loi l'établit. C'est dire que tous les autres parents restent dans le droit commun. Ils peuvent invoquer l'article 130, dont nous allons parler, s'ils se présentent comme héritiers. Mais peuvent-ils aussi demander l'envoi en possession, de préférence à ceux qui l'ont obtenu, en prouvant qu'ils sont héritiers présomptifs au jour de la disparition de l'absent? Il est certain qu'ils peuvent agir pendant la seconde période; leur droit résulte de l'article 120, qui appelle à la possession des biens de l'absent ses héritiers les plus proches au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Mais ont-ils encore ce droit après l'envoi définitif? En général, non; car régulièrement leur droit sera prescrit. Il s'ouvre avec l'envoi provisoire; comme tout droit, il doit être exercé dans les trente ans. Or, l'envoi définitif est prononcé lorsque l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire. Donc après l'envoi définitif, le droit des parents sera prescrit. On pourrait objecter que les envoyés en possession provisoire, n'étant que dépositaires, n'ont pas qualité pour prescrire. A cela les auteurs répondent qu'ils sont détenteurs précaires à l'égard de l'absent, mais qu'à l'égard des tiers, ils possèdent comme propriétaires. Nous n'admettons pas cette doctrine, toutefois nous maintenons l'opinion générale en ce qui concerne la prescription. Les collatéraux qui demandent l'envoi en possession de préférence aux en-

voyes n'agissent pas comme propriétaires, ils ne revendiquent pas ; ils n'agissent pas même comme héritiers, en ce sens qu'ils n'intentent pas l'action en pétition d'hérédité; ils se présentent comme parents les plus proches, et à ce titre ils réclament la possession (1). Les envoyés qui ont obtenu la possession n'invoquent pas un droit de propriété ni une possession à titre de propriétaire; ils invoquent le principe général de la prescription, ils repoussent les demandeurs parce qu'ils n'ont pas agi dans les trente ans à partir de l'envoi provisoire.

Il peut cependant arriver que l'action des parents les plus proches ne soit pas prescrite. L'envoi en possession est prononcé quand il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent (art. 129), quand même l'envoi provisoire n'aurait pas duré depuis trente ans. Dans ce cas, les héritiers présomptifs au jour de la disparition de l'absent peuvent agir, s'ils sont encore dans les trente ans. Peu importe que l'envoi définitif ait été prononcé; cet envoi ne donne aucun titre aux parents qui l'ont obtenu, il les appelle à la possession comme héritiers présomptifs ; s'ils ne sont pas héritiers présomptifs, ils doivent céder la possession à ceux qui sont les vrais héritiers, pourvu que l'action ne soit pas prescrite.

241. Y a-t-il lieu, en ce cas, à la restitution des fruits? Si l'action est intentée après l'envoi définitif, les envoyés ne restituent pas les fruits; ils ne les restituent pas même à l'absent, à plus forte raison ne peut-il pas s'agir de les restituer à des collatéraux. Mais si l'action est intentée pendant l'envoi provisoire, les envoyés doivent restituer les fruits dans la proportion établie par l'article 127. Il va sans dire que les envoyés en possession conservent les fruits que la loi leur attribue, les quatre cinquièmes ou les neuf dixièmes des fruits qu'ils ont perçus depuis l'envoi provisoire. Ils les gagnent parce qu'ils ont administré; peu importe qu'il y ait eu des héritiers plus proches; ils sont en faute de ne s'être pas présentés, et ils n'ont aucun

(1) Merlin dit que leur action est une action en pétition d'hérédité (*Répertoire*, au mot *Absent*, article 120, n° 4, t. Ier, p. 57).

titre à réclamer des fruits qui ont été perçus par suite d'une administration à laquelle ils sont restés étrangers. Mais on peut demander si les envoyés doivent restituer même le cinquième ou le dixième? Le texte de l'article 127 ne parle que de la restitution qui est faite à l'absent quand il reparaît. Nous avons déjà répondu à l'objection : la restitution des fruits doit se faire à ceux qui ont le droit de réclamer les biens. Il y a cependant une raison de douter. Ne peut-on pas dire que les envoyés en possession possèdent comme héritiers, que les parents les plus proches qui demandent l'envoi de préférence agissent aussi comme héritiers présomptifs, que, par suite, il faut appliquer les principes sur la pétition d'hérédité? Or, le possesseur apparent de la succession gagne tous les fruits. Ne faut-il pas accorder le même droit aux envoyés? La question est vivement débattue par les auteurs (1); et dans la doctrine générale, elle est réellement douteuse. Elle devrait être décidée en faveur des envoyés en possession, s'il était vrai qu'ils possèdent comme propriétaires, s'il était vrai que l'action intentée contre eux par des parents plus proches soit une action en pétition d'hérédité. Si l'on admet l'opinion que nous avons soutenue, la question ne peut pas même être posée. Il n'y a en cause que des parents appelés à administrer; il n'est question ni de propriété, ni de pétition d'hérédité. C'est donc par les principes sur l'absence, consacrés par l'article 127, qu'il faut décider quels sont les droits et les obligations des envoyés en possession lorsqu'ils doivent restituer les biens.

§ IV. *Droits des héritiers de l'absent.*

242. L'absent meurt; aux termes de l'article 130, sa succession s'ouvre au jour de son décès prouvé. Qui sera appelé à la recueillir? Les héritiers les plus proches à cette époque, répond la loi. Si les envoyés en possession sont les héritiers les plus proches, ils se partagent les biens de l'absent; si ce sont d'autres parents, les envoyés

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, n[os] 326-332.

en possession doivent leur restituer les biens dont ils ont joui. L'application de l'article 130 ne souffre aucune difficulté quand la succession s'ouvre pendant l'envoi provisoire; mais les auteurs et la jurisprudence sont partagés sur la question de savoir si l'on doit appliquer cette disposition à la troisième période. Au point de vue des principes et en faisant abstraction des textes, il n'y a pas le moindre doute. Quand une personne meurt, sa succession s'ouvre au profit de ses héritiers. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi si le défunt est absent, et s'il y a des parents envoyés en possession définitive de ses biens? Est-ce que l'envoi en possession, fût-il définitif, donne un droit à ceux qui l'ont obtenu, droit qu'ils puissent opposer aux vrais héritiers? C'est, au contraire, dans la supposition qu'eux, les envoyés, sont les vrais héritiers, qu'ils ont obtenu l'envoi en possession. Mais s'il y a des parents plus proches, alors les envoyés sont sans droit; leur titre supposé s'évanouit devant le titre réel, alors que la mort prouvée fait cesser l'absence et remplace la possession par le partage de l'hérédité.

Cependant un excellent esprit, Zachariæ, soutient que l'article 130 ne concerne pas la troisième période (1). Son opinion n'a pas trouvé faveur; les traducteurs de l'écrivain allemand ont abandonné, en ce point, son opinion. Les textes ne présentent réellement pas plus de doute que l'esprit de la loi. Il est vrai que, dans la rédaction primitive, l'article 130 portait expressément : « Dans le cas de décès prouvé de l'absent, *pendant l'envoi en possession provisoire.* » Ces derniers mots furent retranchés, mais le texte conserve encore une trace de la rédaction primitive; car l'article 130 ajoute à la fin que les envoyés en possession restituent les biens aux héritiers les plus proches, *sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article* 127. Or, après l'envoi définitif, il n'y a plus lieu à un compte de fruits; d'où l'on conclut qu'il faut limiter l'article 127 à l'envoi provisoire. On répond, et la réponse est décisive, que c'est donner à la fin de l'article 127 une

(1) Zachariæ, t. Ier, p. 310, § 157, et la note d'Aubry et Rau, p. 312.

portée qu'il n'a point. L'article 127 est conçu dans des termes généraux, il s'applique certainement à l'envoi provisoire ; dans ce cas, il y aura lieu à un compte de fruits. Que si la succession s'ouvre pendant l'envoi définitif, les envoyés en possession garderont tous les fruits. Prévoyant les deux hypothèses dans une même disposition, la loi devait dire, comme elle le fait, *sous la réserve des fruits;* cela n'implique pas que les fruits doivent toujours être restitués, cela veut seulement dire qu'il pourra y avoir lieu à la restitution (1).

243. Il y a une raison particulière et décisive pour laquelle le code devait parler de la restitution des fruits. L'action de l'article 130 est sans contredit une action en pétition d'hérédité. Il en résulte que les demandeurs doivent prouver d'abord la mort de l'absent, puis leur degré de parenté. Mais faut-il aussi appliquer les principes de la pétition d'hérédité en ce qui concerne les droits et les obligations des défendeurs? Si on les appliquait, les envoyés en possession gagneraient tous les fruits, même pendant l'envoi provisoire. C'est ce que le législateur n'a pas voulu, et avec raison. Car, d'après la rigueur des principes, les envoyés provisoires ne sont pas possesseurs de l'hérédité, ils ne sont que dépositaires et administrateurs ; comme tels, ils n'ont droit aux fruits que dans les limites déterminées par l'article 127.

L'article 130 ne dit pas que les héritiers prennent les biens dans l'état où ils se trouvent, ainsi que le dit l'article 132 de l'absent quand il reparaît après l'envoi définitif, et l'article 133 des descendants de l'absent. Faut-il conclure de cette différence de rédaction que les rapports des héritiers et des envoyés ne sont pas régis par le principe des articles 132 et 133? On l'a dit, mais l'article 130 prouve que telle n'est pas la pensée du législateur. Il applique aux envoyés les principes de l'absence, quant aux droits qu'ils peuvent prétendre sur les fruits ; il faut leur appliquer les mêmes principes, lorsqu'il s'agit de déterminer leurs droits et leurs obligations quant à la restitu-

(1) Valette sur Proudhon, t. Ier, p. 336-338.

tion des biens. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Conçoit-on que les héritiers de l'absent soient traités plus favorablement que l'absent lui-même ou ses descendants (1)?

244. Dans quel délai les héritiers de l'absent doivent-ils intenter leur action? Il va sans dire que cette action est prescriptible, à la différence de celle de l'absent. Mais à partir de quel moment la prescription commence-t-elle à courir? Sur ce point, il y a de sérieuses difficultés. Rappelons d'abord les principes généraux qui régissent la prescription. L'action en pétition d'hérédité dure trente ans; mais elle suppose que les défendeurs possèdent à titre de propriétaire. D'après cela, il faut dire que la prescription commence à courir du jour où les envoyés ont commencé à posséder à ce titre. Si c'est après l'envoi définitif que la succession de l'absent s'est ouverte, il n'y a aucun doute: les envoyés en possession possèdent à titre de propriétaire; ils prescrivent, par conséquent. Mais que faut-il décider si l'absent est mort pendant la deuxième période? La prescription court-elle pendant l'envoi provisoire? Dans l'opinion générale, on répond que les envoyés provisoires peuvent prescrire, puisque, à l'égard des tiers, ils possèdent à titre de propriétaire, en ce sens qu'ils possèdent pour eux-mêmes avec l'intention de s'approprier et de conserver les biens qu'ils détiennent (2). Dans notre système, nous ne pouvons pas accepter cette réponse. D'après la rigueur des principes, les envoyés ne sont pas propriétaires à l'égard des tiers, ni possesseurs à titre de propriétaire. En effet, quel est leur titre? Le jugement qui les envoie en possession; or, ce jugement ne leur confère que le dépôt; comme dépositaires, ils ne peuvent pas prescrire. Faut-il donc dire que pendant tout l'envoi provisoire, la prescription ne court point, qu'elle ne commence à courir qu'à partir de l'envoi définitif?

Nous croyons que les envoyés ne peuvent pas être considérés comme héritiers; en effet, ils ne possèdent pas

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, n° 574.
(2) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 332 et suiv., et la note de Valette; Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 251 et suiv.

comme héritiers apparents, avec l'intention d'être propriétaires. Dès lors il n'y a pas lieu à la véritable pétition d'hérédité; les demandeurs agissent, à la vérité, en qualité d'héritiers, mais les défendeurs ne possèdent pas comme héritiers. Nous ne sommes donc pas sous l'empire des principes qui régissent la prescription acquisitive. Il faut plutôt appliquer les principes de la prescription extinctive, et décider que l'action des héritiers doit être intentée dans les trente ans à partir de l'ouverture de la succession, par application de l'article 789, qui porte que le droit d'accepter ou de répudier une succession, c'est-à-dire le droit héréditaire, se prescrit par trente ans.

CHAPITRE V.

RÈGLES COMMUNES AUX TROIS PÉRIODES DE L'ABSENCE.

SECTION I. — Du mariage de l'absent.

245. L'époux présent peut-il contracter un nouveau mariage pendant la durée de l'absence? Non. L'article 139 implique que si le conjoint contractait une nouvelle union, elle serait nulle. On fonde d'ordinaire ce principe sur l'indissolubilité du mariage. Il est certain que le mariage n'étant dissous que par la mort ou par le divorce, l'époux présent ne peut pas contracter un second mariage tant que le premier subsiste. Mais on peut demander pourquoi l'absence n'a pas été considérée par le législateur comme une cause de dissolution? C'est que l'absence n'est jamais une présomption légale de mort; si, à raison de l'incertitude qui règne sur la vie de l'absent, le code civil prescrit des mesures qui, pendant la dernière période, sont analogues à celles que la loi établit en cas d'une succession ouverte, ces mesures n'ont cependant jamais un caractère définitif;

elles ne sont que provisoires, si l'absent vit encore. La question du mariage se réduit donc à demander : La loi pouvait-elle prononcer la dissolution provisoire du mariage? Bigot-Préameneu répond : « Le plus important de tous les contrats ne saurait dépendre d'une simple présomption, soit pour déclarer anéanti celui qui aurait été formé, soit pour en former un nouveau qui ne serait, au retour de l'époux absent, qu'un objet de scandale ou de trouble (1). »

246. Si l'époux présent contracte un nouveau mariage pendant l'absence de son conjoint, le mariage est nul. Mais qui en peut demander la nullité? L'article 139 répond : « L'époux absent sera seul recevable à attaquer ce mariage. » Cette disposition s'applique sans difficulté, tant que dure l'absence; c'est-à-dire tant que l'absent ne reparaît point ou ne donne pas de ses nouvelles. Personne ne pourra attaquer le mariage que l'époux présent aura contracté. C'est une dérogation au droit commun. Quand un conjoint se remarie avant la dissolution du premier mariage, il y a bigamie, et en ce cas la nullité étant absolue, toute partie intéressée peut la demander, ainsi que le ministère public (art. 184, 187, 188, 190). Pourquoi le mariage contracté par l'époux présent ne peut-il pas être attaqué? C'est parce qu'il y a incertitude sur la vie et la mort du conjoint absent. Il est possible, il est même probable qu'il est décédé. Il est donc possible, probable qu'il n'y a pas de bigamie. Dès lors la loi ne pouvait pas permettre d'attaquer le mariage de l'époux présent, aussi longtemps que dure cette incertitude. Comme le disait l'avocat général Gilbert des Voisins, « l'incertitude de la mort de l'un des époux ne doit jamais suffire pour contracter un mariage nouveau; mais elle ne doit jamais suffire aussi pour troubler un mariage contracté (2). » Cela est fondé en raison aussi bien que sur les principes de droit. Pourquoi le législateur autorise-t-il, pourquoi provoque-t-il en quelque sorte toutes les personnes intéressées à demander la nullité du mariage, en cas de bigamie? C'est qu'il y a

(1) Exposé des motifs, n° 32 (Locré, t. II, p. 259).
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, n° 525.

scandale public, immoralité, crime. Quand le conjoint d'un absent contracte une union nouvelle, il y a imprudence, mais le plus souvent il y a bonne foi, donc pas d'immoralité, pas de scandale, l'ordre moral n'est pas lésé, par suite il n'y a aucune raison d'attaquer le mariage.

Par application de ces principes, il a été jugé que le second mari de la femme qui s'est remariée n'est pas recevable à demander la nullité de son mariage, s'il ne prouve pas l'existence du premier mari. La cour de cassation a encore décidé que les enfants dont la mère s'est remariée pendant l'absence de leur père doivent être déclarés mal fondés dans leur demande en nullité du mariage, s'ils ne prouvent qu'à l'époque où il a été contracté, le premier n'était pas dissous (1).

247. L'article 139 s'applique-t-il à la présomption d'absence? On est étonné, en lisant la loi, de voir que la question est controversée. En effet, le texte est général : « *L'époux absent*, dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage. » Il suffit donc qu'il y ait absence; or, l'absence existe dans la première période aussi bien que dans la deuxième. Cependant Proudhon s'est prononcé pour l'opinion contraire, et l'avis de cet esprit logique mérite toujours d'être pris en considération. La section III traite des effets de l'absence relativement au mariage; c'est une des sous-divisions du chapitre III, intitulé : *Des effets de l'absence*. Or, le premier article du chapitre parle de la déclaration d'absence; donc l'objet de tout le chapitre est de régler les effets de l'absence déclarée ; par suite, le mot *absent* y signifie celui dont l'absence a été déclarée par jugement. Dans l'article 139, on doit surtout l'entendre ainsi. En effet, pourquoi la loi défend-elle d'attaquer le mariage contracté par l'époux présent? Parce qu'il n'y a pas de scandale, parce que l'époux présent est de bonne foi, parce que tout le monde croit que l'absent est décédé. Peut-on croire à la bonne foi de l'époux qui contracte une nouvelle union,

(1) Arrêts de la cour de cassation du 21 juin 1831 et du 18 avril 1838 (Dalloz, au mot *Absence*, nos 537 et 526).

alors que son conjoint vient à peine de disparaître? Il y a scandale, donc il y a lieu à action en nullité (1). Cette opinion a été consacrée par un arrêt de la cour de Douai (2).

La cour de cassation a condamné la doctrine de Proudhon. Comme l'a remarqué le conseiller rapporteur, le mot *absent* a, dans le langage juridique, un sens général ; il se dit de l'absence présumée aussi bien que de l'absence déclarée; il faudrait donc qu'il y eût des motifs particuliers pour le restreindre à l'absence déclarée, dans l'article 139. Il y a, au contraire, même raison de décider que le mariage de l'époux présent est inattaquable, soit qu'il y ait déclaration d'absence, soit qu'il y ait absence présumée. C'est l'incertitude qui règne sur l'existence de l'absent qui sert de base à la disposition de l'article 139; or, il y a incertitude dès la première période, ce qui décide la question. Peu importe la bonne ou la mauvaise foi du conjoint qui s'est remarié. La loi ne subordonne pas le principe qu'elle pose à la bonne foi de l'époux présent. Elle considère s'il y a ou non trouble de l'ordre social. Or, comment y aurait-il scandale, alors que les tribunaux prennent des mesures pour l'administration des biens de l'absent, en se fondant sur l'absence présumée, c'est-à-dire sur l'incertitude de la vie du conjoint absent? Telle est aussi l'opinion commune des auteurs (3).

248. Dans l'ancien droit, on permettait aux époux qui avaient contracté mariage, alors que l'un d'eux était engagé dans les liens d'un premier mariage avec un absent, de vivre séparément ; on les y obligeait même, dit d'Aguesseau. Il était impossible d'annuler leur union, parce que l'incertitude ne suffit pas pour attaquer un mariage, mais elle suffisait pour séparer les époux. Il est évident que, dans notre droit moderne, l'on ne peut plus obliger les époux à se séparer; nous ne connaissons pas d'autre séparation que la séparation de corps, et cette séparation ne peut être prononcée que pour les causes que la loi détermine. Il y a cependant des auteurs qui enseignent que si l'un des époux deman-

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 300.
(2) Arrêt du 16 mai 1837 (Dalloz, au mot *Absence*, n° 526).
(3) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, nos 526, 536 et 537.

dait à vivre séparément, le tribunal devrait l'y autoriser. Le lui refuser, dit Demante, ce serait défendre, au nom de la loi, d'accomplir un devoir de conscience, et le pouvoir du législateur humain ne va pas jusque-là (1). Demante oublie que la justice n'a pas à s'occuper des devoirs moraux, tant que la loi ne les sanctionne pas. C'est la distinction élémentaire entre les devoirs parfaits et les devoirs imparfaits ; ceux-ci restent dans le domaine de la morale, ils n'ont et ne peuvent avoir d'autre sanction que la conscience (2).

249. Si l'absent meurt après que son conjoint a contracté une nouvelle union, le mariage pourra-t-il être attaqué? D'après le droit commun, la mort de l'époux n'empêche pas que le mariage contracté par son conjoint ne soit annulé pour cause de bigamie. Faut-il appliquer ce principe en matière d'absence? Il y a une raison de douter. Quand le décès de l'absent est prouvé, il est prouvé par cela même qu'il y a bigamie ; donc l'incertitude qui ne permettait pas d'attaquer le mariage cesse, et il semble, par suite, que l'on rentre dans le droit commun. Cependant l'opinion contraire est généralement enseignée. Elle se fonde sur les termes de l'article 139 : l'absent est *seul* recevable à attaquer le mariage. L'argument est décisif, à notre avis. On peut ajouter que c'est dans l'intérêt de la morale publique que la loi autorise toutes les parties intéressées à demander la nullité d'un mariage entaché de bigamie. Quand l'absent est mort, ce motif vient à tomber. Le mariage a été contracté sans scandale, et ce n'est pas la mort arrivée à l'étranger, inconnue dans la patrie de l'absent, qui le fera naître. Dès lors il n'y a pas lieu à nullité (3).

250. Faut-il décider la même chose si l'absent reparaît? On est tenté de répondre immédiatement : Non, toute incertitude cesse, il y a scandale public, puisqu'il se trouve que l'époux remarié a deux conjoints ; il y a crime,

(1) Demante, *Cours analytique de code civil*, t. Ier, p. 286, n° 177 *bis*, V.
(2) C'est l'opinion commune (Demolombe, t. II, p. 343, n° 262).
(3) Demante, dans l'*Encyclopédie de droit* de Sebire et Carteret, au mot *Absent* n° 134.

il faut donc permettre à toute personne intéressée de demander la nullité d'un mariage qui est un trouble permanent de l'ordre social. Telle est aussi l'opinion générale. Toullier enseigne le contraire, mais il a été fort malmené par Marcadé, qui lui reproche d'avoir admis une interprétation qui aboutit à un scandale dégoûtant. Marcadé oublie que cette opinion est partagée par Zachariæ, lequel est un maître aussi bien que Toullier. Il y a plus. Marcadé lui-même avoue que l'interprétation de Toullier est fondée sur la lettre de la loi, et cela est de toute évidence. Transcrivons encore une fois le texte : « L'époux absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera *seul recevable* à attaquer ce nouveau mariage. » Certes, si la question doit être décidée par le texte, il n'y a plus de question. Le code suppose que l'absent reparaît ou qu'il donne de ses nouvelles ; plus d'incertitude, la bigamie est patente ; aussi, le code permet-il de demander la nullité du mariage, mais à qui? A *l'absent seul*. Cela est si clair, si évident, que l'on se demande comment il est possible d'échapper à la lettre de la loi. On invoque la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat. Nous allons la rapporter.

Le projet présenté dans la séance du 4 frimaire an x contenait deux dispositions ; l'une portait : « L'absence de l'un des époux, quelque longue qu'elle soit, ne suffira pas pour autoriser l'autre à contracter un nouveau mariage ; il ne pourra y être admis que sur la preuve positive du décès de l'autre époux. » Puis venait un article 27, ainsi conçu : « Si néanmoins il arrivait qu'il eût été contracté un nouveau mariage, il ne pourra être dissous sous le seul prétexte de l'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent, et tant que l'époux absent ne se présentera point, ou ne réclamera point par un fondé de procuration spéciale. » Ainsi, le projet disait clairement que le mariage contracté par l'époux présent était inattaquable, tant que l'absent lui-même n'en demanderait pas la nullité. La lettre du projet disait donc ce que dit la lettre du code. Pourquoi remplaça-t-on la rédaction primitive par la rédaction actuelle? Est-ce parce que le conseil d'Etat voulait donner à toute partie intéressée le droit de demander la nullité?

Voilà ce que la discussion devrait démontrer pour qu'on pût l'invoquer contre la lettre de l'article 139 qui dit le contraire. Que se passa-t-il? Bérenger dit « que les articles 26 et 27 paraissaient se contrarier, que le premier décidait que l'absence de l'un des époux n'autorisait en aucun cas l'autre époux à contracter un nouveau mariage; tandis que l'article 27 supposait qu'un tel mariage pouvait être contracté. » On voit sur quoi porte l'objection et par suite la discussion: sur une contradiction apparente entre deux articles. Tronchet répondit avec raison qu'il n'y avait pas contradiction, que le projet ne faisait que reproduire la maxime formulée par Gilbert des Voisins. Thibaudeau insista sur la critique, et dit qu'il y avait quelque inconvénient à ce que la loi parût admettre la possibilité de pareils mariages. Jusqu'ici, pas un mot sur notre question : il ne s'agit toujours que de faire disparaître une prétendue contradiction qui existait tout au plus dans les termes. Cambacérès proposa d'effacer l'article 26, et d'ajouter à l'article 27 cette disposition : « Néanmoins, si l'époux absent se représente, le mariage sera déclaré nul. » Cambacérès entendait-il trancher la question de savoir par qui la nullité pourrait être demandée? Du tout, car cette question n'avait pas été soulevée, et en réalité, la rédaction proposée par Cambacérès ne décidait pas la difficulté. Tout ce qu'il voulait, c'était de rédiger l'article du projet plus clairement ; or, le projet consacrait formellement le principe que personne ne pouvait attaquer le mariage, sauf l'absent. Thibaudeau, le rapporteur de la section de législation, déclara qu'il rédigerait un article en ce sens que *l'époux absent pourrait seul attaquer le mariage de son conjoint*. Sur cela, la discussion fut close. Le procès-verbal porte que la proposition du consul Cambacérès est adoptée (1).

Voilà la discussion qui doit prouver, dit-on, que toute partie intéressée peut demander la nullité du mariage contracté par l'époux présent. Et pas un mot n'a été dit sur cette question! et la rédaction proposée par Cambacérès

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 240, nos 43 et 44.

laissait la question indécise! et Thibaudeau, le rapporteur, résumant le débat, formulait le vœu du conseil dans les termes que le texte actuel reproduit! On dit que le conseil adopta la proposition de Cambacérès. Oui, mais telle qu'elle venait d'être interprétée par Thibaudeau. C'est donc le principe du projet, principe qui n'avait été combattu par personne, qui passa dans le code. En veut-on une nouvelle preuve? Bigot-Préameneu assista à la discussion; désigné par le premier consul pour exposer les motifs du titre de l'Absence, il nous dira dans quel sens il faut l'entendre : « On a voulu, dit-il, dans la loi proposée, que le mariage contracté pendant l'absence ne pût être attaqué *que par l'époux même à son retour*, ou par celui qui serait chargé de sa procuration (1). »

Si l'article 139 n'a pas le sens que présente la lettre de la loi, que signifie-t-il? Ecoutons Marcadé. « L'article 139, dit-il, n'a pas pour but de décider *par qui* le mariage de l'époux présent pourra être attaqué, mais quand il pourra l'être. La loi veut donc dire : Le mariage contracté par le conjoint d'un absent ne pourra être attaqué que quand l'absent sera de retour, ou qu'il aura donné des preuves de son existence. » Nous demanderons à Marcadé qui lui a appris que telle était la volonté du législateur. Ce n'est certes pas le texte, car le texte dit précisément le contraire; il ne dit pas *quand*, il dit *par qui* le mariage pourra être attaqué. Est-ce que la discussion du conseil d'État, est-ce que le discours de l'orateur du gouvernement nous font connaître par hasard que les auteurs du code ont voulu autre chose que ce qu'ils ont dit? Dans la discussion, il n'a été question ni du *quand*, ni du *par qui*; et Bigot-Préameneu ne s'occupe que de ceux qui pourront attaquer le mariage. L'interprétation de Marcadé est donc tout à fait imaginaire. Elle suffirait pour condamner l'opinion générale, car elle prouve qu'il faut altérer les travaux préparatoires aussi bien que le texte, pour trouver un autre sens que celui de la lettre de la loi. Ce qui veut dire que l'on refait la loi, qu'on la corrige; est-ce là la mission de l'interprète?

(1) Exposé des motifs n° 32 (Locré, t. II, p. 259).

On crie au scandale! Il y a bigamie, crime, scandale, et il dépendra de l'inaction de l'époux absent qui reparaît, de perpétuer ce scandale! Et quel sera l'état des enfants qui naîtront du second mariage? Le premier subsistant, ils auront deux pères ou deux mères! Nous pourrions nous dispenser de répondre à cette objection, elle s'adresse au législateur. Il ne s'agit pas de savoir si la disposition de l'article 139 consacre un scandale; la question que nous débattons est de déterminer le sens de la loi. Peut-on lui donner un autre sens que celui qui résulte tout ensemble du texte et de la discussion? Telle est la seule question que l'interprète ait à examiner. Est-il vrai, après tout, que la loi, entendue dans son sens littéral, est injustifiable? Plaçons-nous dans la réalité des choses. Le nouveau mariage est contracté pendant l'absence du conjoint. Pour que l'officier de l'état civil ait consenti à célébrer cette union, il faut supposer que l'absent est considéré comme mort, à ce point que l'on a oublié qu'il ait jamais existé. Il vit cependant et il reparaît. Mais il reparaît sans être connu de personne, là où son conjoint a contracté mariage. Donc nul scandale. Il se décide à garder le silence pour ne pas troubler l'union nouvelle de son conjoint. Lui n'agissant pas, personne ne saura qu'il y a jamais eu un premier mariage. Où est donc le scandale? Le scandale serait dans une action en nullité que des collatéraux viendraient intenter, alors que le principal intéressé croit devoir garder le silence. C'est donc pour éviter le scandale que la loi s'en rapporte à l'absent. Lui seul peut apprécier la conduite de son conjoint. Est-elle réellement scandaleuse, il agira; ne l'est-elle pas, il ne provoquera pas le scandale. Où est donc l'immoralité de la loi (1)?

251. L'article 139 a encore donné lieu à d'autres controverses. Si l'absent ne reparaît pas, il peut néanmoins demander la nullité du mariage par *son fondé de pouvoir*. Faut-il un pouvoir spécial, ou un mandat général suffirait-il? Nous ne comprenons pas que la question soit posée, et

(1) L'opinion générale est contraire (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, n° 532).

encore moins qu'il y ait tant d'incertitude dans la solution que lui donnent les auteurs. Quel est le principe d'où part la loi? L'absent seul est recevable à attaquer le mariage de son conjoint; il faut donc que la demande émane de lui. Dès lors, s'il n'intente pas lui-même l'action, il doit donner pouvoir de le faire en son nom; ce qui implique la nécessité d'un pouvoir spécial. On a été jusqu'à soutenir qu'un mandat général laissé par l'absent avant son départ suffisait. Le mariage pourrait donc être attaqué, annulé, sans même que l'absent sût qu'il y a mariage, alors que la loi veut que lui seul l'attaque, s'il le juge convenable (1)!

L'article 139 ajoute que le fondé de pouvoir de l'absent doit être muni de la preuve de son existence. S'il faut une procuration spéciale, dit-on, à quoi bon le certificat de vie? Sans doute une procuration authentique prouve qu'au moment où elle est donnée, l'absent vit. Mais l'action peut être intentée après un délai plus ou moins long depuis la date que porte le mandat. Alors la procuration, quoique authentique, ne suffit plus. Elle serait toujours insuffisante si elle était donnée par acte sous seing privé, un pareil écrit ne faisant pas foi de sa date. Il faut donc la preuve que l'absent vit au moment où l'action est intentée (2).

SECTION II. — Des droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent.

252. L'article 135 pose comme principe général : « Quiconque réclamera un droit échu à un individu dont l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver que ledit individu existait quand le droit a été ouvert; jusqu'à cette preuve, il sera déclaré non recevable dans sa demande. » Cela suppose que le droit vient à s'ouvrir après la disparition de celui qui pourrait le réclamer, s'il vivait au moment où le droit s'ouvre; si dans ce moment il est absent, dans le sens légal du mot, il est évident qu'il ne peut pas

(1) Voyez, sur les diverses opinions, Demolombe, t. II, p. 344, n° 263.
(2) Il y a encore diverses interprétations (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, n° 533).

le réclamer personnellement; son fondé de pouvoir ou ses créanciers ne le pourraient pas davantage; car celui qui fait une demande en justice doit prouver le fondement de sa demande; et quel est, dans l'espèce, le fondement de la demande? L'existence de celui au profit de qui on prétend qu'un droit s'est ouvert; car s'il ne vit plus, son droit est devenu caduc, il n'y en a pas. Or, quand l'ayant droit est absent, il y a incertitude sur sa vie et sur sa mort, il est donc impossible de prouver son existence; par suite, on ne peut pas réclamer un droit en son nom; ceux qui le feraient devraient être déclarés non recevables. C'est ce que le code appelle *droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent*.

L'article 136 contient une application du principe. Une succession s'ouvre à laquelle l'absent serait appelé, s'il était en vie. Ses créanciers ou son fondé de pouvoir peuvent-ils demander que l'absent soit représenté au partage, et qu'on lui attribue la part qui lui appartient en vertu de la loi? Non, puisqu'ils ne peuvent pas prouver que l'absent vivait encore au moment où la succession s'est ouverte : ils seraient donc déclarés non recevables. Il en est de même pour tout droit éventuel qui s'ouvrirait pendant l'absence au profit de l'absent. Un legs est fait à l'absent : pour qu'on puisse le réclamer en son nom, il faut prouver que l'absent existait à la mort du testateur, si le legs est pur et simple, et au jour de l'accomplissement de la condition, si le legs est conditionnel; jusque-là les demandeurs seront déclarés non recevables (art. 1039, 1040). L'absent est institué héritier contractuel; le donateur décède; peut-on réclamer les biens au nom de l'absent? Non, à moins de prouver qu'il existait lors de l'ouverture de l'hérédité. Un donateur a stipulé le droit de retour, il disparaît, le donataire meurt; pour exercer le droit de retour au nom de l'absent, il faut prouver qu'il vivait lors de la mort du donataire. Un conjoint stipule un préciput en cas de survie, ou tout autre droit qui ne s'ouvre qu'à la condition qu'il survive, il disparaît; on ne peut réclamer ces droits qu'en prouvant qu'il a survécu. L'absent est créancier d'une rente viagère; on ne peut réclamer le paye-

ment des arrérages en son nom qu'en prouvant sa vie à l'époque de l'échéance (art. 1983) (1).

253. Le principe s'applique-t-il si le droit s'est ouvert pendant la présomption d'absence? Nous répondons oui, sans hésiter. Le texte de l'article 135 est conçu dans les termes les plus généraux : « Quiconque réclamera un droit échu à un individu *dont l'existence ne sera pas reconnue.* » Or, dès qu'il y a présomption d'absence, l'existence de celui qui a disparu n'est pas reconnue puisqu'elle est douteuse; cela suffit pour décider la question. Il y a plus. Le projet du code se servait du mot *absent;* cette expression aurait pu donner lieu à un doute, puisque d'ordinaire on ne l'emploie que pour désigner celui dont l'absence est déclarée ; pour lever tout doute, on la remplaça par ces mots : *dont l'existence n'est pas reconnue.* Abstraction faite des textes, les principes généraux de droit suffiraient pour le décider ainsi. Cependant Maleville soutient l'opinion contraire; cette doctrine n'a pas trouvé faveur, et nous n'en faisons mention que pour montrer qu'il faut se garder d'attacher une trop grande autorité aux discussions préparatoires ; Maleville est un des auteurs du code, il a pris part aux délibérations du conseil d'Etat sur l'article 135, il a parlé; qui ne croirait que lui mieux que qui que ce soit doit connaître l'esprit de la loi? Néanmoins il s'est trompé, de l'aveu de tout le monde. Il y a une considération qui l'a frappé et qui a réellement été présentée comme objection au conseil d'Etat. Quoi! dit-on. Il suffira qu'une personne quitte son domicile pour que dès le lendemain on l'écarte d'une succession à laquelle elle est appelée! Non, il ne suffira pas que les cohéritiers de l'absent déclarent qu'ils ne reconnaissent pas son existence. C'est le tribunal qui décidera, en cas de contestation, et le tribunal n'admettra la présomption d'absence que s'il y a réellement incertitude et doute sur la vie de celui qui a disparu sans donner de ses nouvelles. La jurisprudence est en ce sens, ainsi que la doctrine (2).

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 444 et suiv., nos 537-543.
(2) Dalloz *Répertoire*, au mot *Absence*, nos 477-480, 482.

254. La jurisprudence applique le principe de l'article 135 dans tous les cas où la vie de l'absent est contestée, et où l'issue du litige dépend de son existence. Il s'agit de calculer le montant de la réserve et de la quotité disponible; un des héritiers réservataires est absent; les autres peuvent-ils demander qu'il soit compté pour déterminer le chiffre de leur réserve? Non certes; car ce serait se prévaloir de la vie de l'absent alors que son existence est douteuse; ce serait admettre l'absent à prendre part à la réserve; or, la réserve est une partie de la succession; pour y avoir droit, il faut être héritier; il faut donc exister lorsque le droit à la réserve s'ouvre; donc celui dont l'existence n'est pas reconnue ne peut être réservataire. La réserve sera donc calculée comme si l'absent n'existait pas, à moins que les cohéritiers de l'absent ne prouvent qu'il vivait lors de l'ouverture de l'hérédité. La cour de Bordeaux l'a décidé ainsi, de même que la cour de cassation (1).

255. Que deviennent les droits que l'absent aurait pu réclamer si son existence était prouvée au moment où ils se sont ouverts? L'absent n'étant pas admis à les exercer, puisque sa vie est douteuse, il faut décider que les droits seront recueillis par ceux qui auraient été appelés à les exercer si l'absent était mort. C'est ainsi que l'article 136 applique le principe quand il s'agit d'une succession : « La succession sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels l'absent aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut. » Il en résulte que ceux qui viennent à la succession, à défaut de l'absent, n'ont aucune preuve à faire. La raison en est simple; ils ne sont pas demandeurs; c'est l'absent qui demande sa part dans une succession; ceux qui agissent en son nom sont écartés, parce qu'ils ne peuvent pas prouver que l'absent vivait lors de l'ouverture de l'hérédité; les héritiers présents succèdent parce qu'ils sont appelés par la loi; quant à l'absent, il est considéré comme n'existant pas (2).

(1) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Absence*, n° 493.
(2) Ce principe est établi dans beaucoup d'arrêts (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, nos 504 et suiv.).

Ce principe nous servira à décider une question qui jadis était vivement controversée. Les enfants de l'absent sont-ils admis à représenter leur père absent dans les successions dont celui-ci est exclu, parce que son existence n'est pas reconnue? Non, dit Proudhon, car on ne représente que ceux qui sont prédécédés. Les enfants devraient donc prouver que leur père était décédé lors de l'ouverture de l'hérédité; or, cette preuve, ils ne peuvent pas la faire, puisque la vie et la mort de leur père sont également douteuses. Nous n'entrerons pas dans le détail de la controverse; on peut la voir dans Merlin et dans Dalloz. L'opinion de Proudhon ne trouve plus de partisans. Si l'on se place au point de vue exclusif des principes qui régissent la représentation, le raisonnement de Proudhon est irréfutable. Mais nous sommes en matière d'absence; c'est à raison de l'absence du père qu'on le repousse de la succession à laquelle il aurait droit, s'il était en vie lorsqu'elle s'est ouverte; on le considère donc comme n'existant plus, comme étant mort. Dès lors, on doit admettre ses enfants à le représenter. C'est en ce sens qu'il faut entendre ces mots de l'article 136 : *ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut*. La raison est d'accord avec les principes de droit. Dans la doctrine de Proudhon, on commence par écarter le père de la succession; pourquoi? Parce qu'à défaut de la preuve de sa vie, on le considère comme mort. Puis on écarte ses enfants; pourquoi? Parce qu'à défaut de la preuve de sa mort, on le considère comme vivant. Voilà donc l'absent tout ensemble mort et vivant (1). La jurisprudence s'est prononcée pour les enfants (2).

256. Quand l'absent est exclu de l'exercice d'un droit, c'est parce que l'on ne peut pas prouver sa vie. Mais il est possible qu'il vive, et s'il reparaît, il va sans dire qu'il aura une action contre ceux qui ont recueilli le droit à son défaut; l'article 137 le dit expressément. De ce que ceux qui ont recueilli les biens à défaut de l'absent, les doivent

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 347 et suiv. Merlin, *Répertoire*, au mot *Absent*, article 136, n° 6 (t. Ier, p. 91).
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, nos 509 et 510.

restituer si l'absent reparaît, faut-il conclure qu'ils sont tenus à des mesures conservatoires en vue de cette éventualité? Le silence de la loi décide la question. Elle ne prescrit aucune garantie, ni inventaire, ni caution, ni vente des meubles, ni emploi des deniers. Or, l'interprète ne peut pas créer d'obligations, le législateur seul a ce pouvoir. Il y a des cours qui ont soumis les cohéritiers de l'absent à faire inventaire; certes, la mesure serait utile, nécessaire même pour sauvegarder les droits éventuels de l'absent. Néanmoins, les auteurs ont raison de rejeter cette jurisprudence. Merlin en fait une critique très-fine. « Les juges, dit-il, ont été plus sages que la loi (1). » Mais il n'est pas permis à l'interprète d'être plus sage que le législateur; ce serait lui donner le droit de corriger la loi, c'est-à-dire de la faire; il doit la prendre telle qu'elle est.

On se demande pourquoi le législateur, qui montre tant de sollicitude pour l'absent, a négligé ses intérêts quand il s'agit des droits éventuels qui peuvent lui compéter après sa disparition. On répond que la loi veille à ce que les biens de l'absent soient conservés et administrés; mais quand une succession s'ouvre, les biens qui formeraient la part de l'absent, s'il vivait, ne lui appartiennent pas; ils sont la propriété de ses cohéritiers; ceux-ci étant propriétaires peuvent administrer, disposer à leur guise; la loi ne pouvait les soumettre à des restrictions incompatibles avec le droit de domaine qu'elle leur reconnaît. A cela on répond, et la réponse est péremptoire, qu'il est très-vrai que les cohéritiers de l'absent sont propriétaires, mais il est vrai aussi que leur propriété sera révoquée si l'absent reparaît. Celui-ci a donc un droit éventuel aux biens recueillis par ses cohéritiers; ce droit devrait être garanti et il ne l'est pas. Les successeurs irréguliers sont aussi propriétaires, appelés par la loi à succéder ; toutefois la loi les oblige à faire inventaire, à donner caution, à vendre le mobilier, à faire emploi des deniers (art. 769, 771). Pourquoi? Pour sauvegarder les droits des héritiers légitimes qui peuvent se présenter, quoiqu'il soit peu probable

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Absent*, article 136, n° 4 (t. Ier, p. 83).

qu'il s'en présente, l'envoi en possession des successeurs irréguliers n'ayant lieu qu'après des publications et affiches (art. 770) ; tandis que l'absent est écarté sans qu'il y ait eu de publication et sans garantie aucune. On chercherait vainement une raison de cette différence (1).

257. Il y a donc une grande différence entre les envoyés en possession provisoire et ceux qui recueillent des droits à défaut de l'absent; les premiers ne sont que dépositaires et administrateurs, les autres sont propriétaires. De là suit que les cohéritiers de l'absent peuvent disposer des biens qu'ils recueillent à son défaut; ils peuvent les hypothéquer; ils peuvent administrer et jouir, non avec le pouvoir limité d'un administrateur, mais avec le pouvoir illimité du propriétaire. Il a été jugé, par application de ce principe, que les créanciers des héritiers présents peuvent poursuivre la vente des biens qu'ils ont recueillis à défaut de l'absent. A vrai dire, il n'y a point de portion de l'absent, puisqu'il est considéré comme n'existant point; les biens qu'il aurait recueillis, s'il avait vécu, entrent dans le domaine des héritiers présents, non pas comme part de l'absent, mais comme leur part; ils se confondent donc entièrement avec leur patrimoine. On a prétendu que les créanciers, saisissant des biens qui appartiendraient à l'absent, s'il vivait, doivent prouver sa mort. La cour de Rouen a décidé, avec raison, que les créanciers ne sont pas tenus à faire cette preuve; car ils ne saisissent pas les biens de l'absent, ils saisissent les biens de l'héritier, leur débiteur (2).

258. L'article 137 réserve à l'absent ou à ses représentants les actions en pétition d'hérédité et d'*autres droits*. Cette dernière expression se rapporte à l'article 135, qui pose le principe général applicable à tout droit éventuel. Quand l'absent a été écarté d'une succession légitime, testamentaire ou contractuelle, il a l'action en pétition d'hérédité contre ceux qui ont recueilli et qui possèdent sa part héréditaire. Si ce sont d'autres droits qu'il n'a pas

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 238 et suiv., n° 213.
(2) Arrêt du 30 mai 1818 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, n° 508).

pu exercer, parce que son existence n'était pas reconnue, il pourra, s'il reparaît, exercer les actions qui sont attachées aux droits qu'il réclame. Est-ce une rente viagère, dont le payement a été suspendu pendant son absence, il aura une action personnelle contre le débirentier ou ses représentants (1).

L'article 137 ajoute que les droits de l'absent ne s'éteindront que par le laps de temps établi pour la prescription. Pourquoi la loi n'a-t-elle pas fixé le délai de la prescription? C'est qu'il peut différer d'après les divers droits et d'après les diverses actions qui appartiennent à l'absent. Est-ce une pétition d'hérédité? La prescription est de trente ans. Sont-ce des arrérages d'une rente viagère? La prescription est de cinq ans (art. 2277). L'absent peut aussi agir en revendication; pour mieux dire, il doit intenter cette action contre ceux qui possèdent les biens qu'il réclame, non comme héritiers, mais à un autre titre, tel que vente, donation ou échange. Il y a une grande différence entre l'action en revendication et l'action en pétition d'hérédité, en ce qui concerne la prescription. La première dure aussi trente ans, mais le possesseur peut opposer l'usucapion au propriétaire qui revendique; dans ce cas, le droit de l'absent s'éteindra par dix ou vingt ans, si le possesseur réunit toutes les conditions requises pour usucaper.

259. Le code Napoléon ne parle pas de l'action en pétition d'hérédité. De là de nombreuses difficultés, que nous examinerons au titre des Successions. Pour le moment, nous nous bornerons à mentionner l'article 138, qui porte : « Tant que l'absent ne se représentera pas ou que les actions ne seront point exercées de son chef, ceux qui auront recueilli la succession gagneront les fruits perçus de bonne foi. » C'est l'application du principe que le possesseur de bonne foi gagne les fruits (art. 549). En droit romain, on n'appliquait ce principe à l'héritier apparent qu'avec des modifications qui ne furent pas admises par la jurisprudence française. Le code consacre donc un principe

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 243, n° 214.

traditionnel. Il en résulte une grande différence entre les envoyés en possession provisoire et les cohéritiers présents qui possèdent la part de l'absent. Ceux-ci gagnent tous les fruits comme possesseurs de bonne foi; tandis que les envoyés en possession ne gagnent qu'une partie des fruits, en proportion de la durée de l'absence. Nous avons déjà indiqué la raison de la différence. Les envoyés en possession ne sont que des administrateurs; ce qui exclut l'idée d'une possession de bonne foi, car le possesseur de bonne foi possède comme propriétaire. Les cohéritiers de l'absent possèdent à titre de propriétaire, puisque la loi les appelle à la succession à défaut de l'absent, et la succession est un titre translatif de propriété. Ils sont de bonne foi, tant qu'ils ignorent l'existence de l'absent; du moment qu'ils apprennent que l'absent vit encore, ils ne peuvent plus se considérer comme propriétaires; ils sont donc de mauvaise foi dans le sens légal du mot et, par suite, ils doivent restituer les fruits qu'ils perçoivent à partir de ce moment (1).

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, nos 618, 622, 624.

TITRE V.

DU MARIAGE (1).

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE DU MARIAGE.

260. Le code ne définit pas le mariage. Portalis donne la définition suivante, dans l'Exposé des motifs : « C'est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée. » L'orateur du gouvernement ne dit pas que le mariage est un contrat, mais si le mot n'est pas dans sa définition, la chose y est; en qualifiant le mariage de société, il le considère par cela même comme un contrat. C'est la doctrine traditionnelle; Pothier s'en fait l'organe et s'exprime énergiquement, en nommant l'union de l'homme et de la femme *contrat de mariage*. Si le code ne se sert pas de cette expression, c'est parce qu'elle désigne d'ordinaire les conventions matrimoniales concernant les biens. Toujours est-il que, dans l'esprit de notre législation,

(1) Vazeille, *Traité du mariage*, 2 vol. (Paris, 1825).

le mariage est un contrat, en ce sens qu'il se forme par concours de consentement. Rien de plus expressif que l'article 146 : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. »

La définition de Portalis a été critiquée et à juste titre. Elle présente la vie comme un poids, comme un fardeau, dit M. Mourlon, en sorte qu'il semble que l'homme n'a été créé que pour son malheur. C'est le germe d'un système philosophique aussi faux qu'il est dangereux. C'est, dans tous les cas, une injustice envers Dieu, dont les bontés envers l'homme sont infinies. Oui, l'idée est fausse, car si l'on croit en Dieu, on doit croire aussi qu'il a créé l'homme pour son bonheur; si la vie est un bienfait, elle ne peut pas être une charge. Il y a sans doute des malheureux à qui elle pèse; et qui de nous ne s'est surpris à gémir et à lamenter? Nous avons raison de nous plaindre, mais c'est de nous, et non de Dieu. Descendons dans les profondeurs de notre conscience, interrogeons-la et elle nous répondra que si nous souffrons, c'est que nous méritons de souffrir; elle nous dira que la souffrance elle-même est un bien, puisqu'elle est la condition de notre développement moral. Mais dire que la vie, telle que Dieu nous la donne, est un poids, c'est être injuste et ingrat. C'est une doctrine funeste; en effet, elle nous dégoûte de la vie réelle, et cet ennui nous pousse à chercher le bonheur dans une perfection imaginaire, dans une existence toute spirituelle. De là le spiritualisme désordonné qui condamne le mariage, ou qui du moins le ravale. De là l'exaltation de la virginité, du célibat, et les excès inévitables qui accompagnent le célibat forcé. Nous pourrions poursuivre plus loin les conséquences funestes qui découlent de cette fausse appréciation de la vie, et montrer que les prétentions ambitieuses de l'Eglise, que la domination sacerdotale, si odieuse à l'humanité moderne, se rattachent aux excès du spiritualisme chrétien (1). Mais cette digression nous écarterait trop de notre sujet. Nous revenons à la nature du mariage.

(1) Voyez mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat*, 2e édition (Paris, Lacroix et Ce, 1865).

261. Le mariage est-il un contrat de droit civil, ou est-ce un sacrement appartenant au domaine de la religion et de l'Eglise? Dans le projet de code, il y avait une disposition qui répondait à notre question; elle portait : « La loi ne considère le mariage que sous ses rapports civils. » C'était la reproduction de la constitution de 1791, titre II, article 7 : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. » Pourquoi cette disposition fut-elle retranchée? Elle fut supprimée, sur la proposition de Cambacérès ; il dit qu'il est évident que le code civil ne considère le mariage que sous ses rapports civils. Réal, rapporteur de la section de législation, expliqua les motifs pour lesquels elle s'était décidée à reproduire cette déclaration solennelle : c'est qu'elle consacrait un des principes fondamentaux de la société française, telle qu'elle était sortie de la révolution, la liberté religieuse, la sécularisation de l'ordre civil. Comme le dit la cour de Paris dans ses observations sur le projet de code, le pacte social n'exclut pas de culte et n'en reconnaît aucun (1). C'est une conquête de 89. Si en 1802 il parut inutile de la proclamer de nouveau, c'est que dix ans de révolution l'avaient fait entrer dans les mœurs : la société civile et l'Etat, son organe, restaient seuls debout. Quant à ce que l'on avait appelé jadis puissance ecclésiastique, on ne la connaissait que par les souvenirs et l'on croyait qu'elle était ruinée pour toujours. Mais cette puissance avait de profondes racines dans les âmes, elle tenait aux croyances religieuses; en l'an x, on pouvait croire que le catholicisme, et surtout le catholicisme romain était mort. Il est ressuscité, et ses prétentions sont plus hautaines que jamais. Voilà pourquoi nous devons insister sur un principe que les législateurs de l'an x trouvèrent inutile de formuler dans le code civil.

262. Portalis dit dans l'Exposé des motifs du titre V : « Tous les peuples ont fait intervenir le ciel dans un contrat qui a une si grande influence sur le sort des époux, et qui, liant l'avenir au présent, semble faire dépendre leur bonheur d'une suite d'événements incertains, dont le résultat

(1) Séance du 26 frimaire an IX, n° 4 (Locré, t. II, p. 312).

se présente comme le fruit d'une bénédiction particulière. C'est dans de telles occurrences que nos espérances et nos craintes ont toujours appelé les secours de la religion, établie entre le ciel et la terre pour combler l'espace immense qui les sépare. » Portalis constate un fait que personne ne saurait contester; ceux-là mêmes dont les croyances ne sont plus celles de l'orateur catholique, et qui n'attachent aucune importance à la bénédiction de l'Eglise, sont convaincus, s'ils ont conservé le sentiment religieux, que les mariages, pour nous servir d'une expression populaire, se font au ciel. Quoi de plus naturel donc que de prendre, en face de Dieu, les engagements que Dieu même nous dicte et nous inspire?

Mais faut-il conclure de là que le mariage est un acte purement religieux? Portalis répond que ce contrat a précédé l'institution de tous les sacrements et l'établissement de toutes les religions positives, puisqu'il date d'aussi loin que l'homme. Le mariage a donc son premier principe dans la nature. Et la religion, dit l'orateur du gouvernement, se glorifie elle-même d'avoir été donnée aux hommes, non pour changer l'ordre de la nature, mais pour l'ennoblir et le sanctifier (1).

263. Les paroles de Portalis impliquent une réserve contre les prétentions de l'Eglise. Comme elle a fait du mariage un sacrement, et qu'elle préside aux solennités religieuses qui l'accompagnent, elle a voulu aussi le régler par ses lois. De là un conflit avec l'Etat. Sous l'ancien régime, le conflit n'avait pas de solution, parce que dans tous les pays catholiques il y avait une alliance plus ou moins intime entre la société civile et la société religieuse. Pothier va nous dire quels étaient les sentiments des jurisconsultes et des théologiens attachés aux maximes gallicanes (2).

Le mariage, dit-il, est tout à la fois un contrat civil et un sacrement. Comme contrat, il appartient à l'ordre politique; il est en conséquence sujet aux lois de la puis-

(1) Exposé des motifs, n°s 4 et 5 (Locré, t. II, p. 380).
(2) *Traité du contrat de mariage*; chapitre III, article 1er, n°s 11-18.

sance séculière, que Dieu a établie pour régler tout ce qui appartient au gouvernement et au bon ordre de la société civile; et cela d'autant plus que le mariage est celui de tous les contrats qui intéresse le plus la société. Les princes ont donc le droit de faire des lois pour le mariage de leurs sujets, soit en l'interdisant à certaines personnes, soit en réglant les formalités qu'ils jugent à propos de faire observer pour le contracter valablement. Quel est, dans cet ordre d'idées, le rapport entre le contrat civil et le sacrement? Si les parties contractantes ont violé une disposition de la loi séculière prescrite sous peine de nullité, le mariage est nul et il n'y a pas non plus de sacrement, car il ne peut y avoir de sacrement sans la chose qui en fait la matière; or, le contrat civil est la matière du sacrement de mariage. C'est subordonner le mariage religieux au mariage civil.

Cette subordination était loin d'être acceptée par l'Eglise. De fait, c'était elle qui célébrait les mariages, et l'union n'était valable, même comme contrat civil, que si elle avait été contractée en présence et par le ministère du propre curé des futurs époux. N'était-ce pas placer le mariage sous la puissance de l'Eglise? n'était-ce pas avouer qu'il était essentiellement un acte religieux? et de là ne fallait-il pas conclure que l'Eglise seule avait le droit de régler les conditions requises pour le contracter? Telle était la prétention des docteurs ultramontains. Au XVIII[e] siècle, l'ultramontanisme n'était guère en faveur dans le royaume très-chrétien. Pothier, bien que sincère catholique, traite les raisons des ultramontains de ridicules et d'absurdes; il ne se doutait pas qu'un siècle plus tard, elles seraient reproduites avec plus de hauteur que jamais. Les jésuites disaient qu'à la vérité les princes païens avaient eu le pouvoir de faire des lois sur le mariage, mais que cela ne se concevait pas dans les royaumes catholiques, puisque Jésus-Christ avait élevé le contrat civil à la dignité de sacrement, pour être le type et l'image de son union avec l'Eglise. Pothier leur oppose la tradition, si puissante dans l'Eglise romaine. Des princes chrétiens ont réglé les conditions du mariage, établi des em-

péchements dirimants. L'Eglise a-t-elle protesté contre cette usurpation? Loin de là, elle a appliqué des lois qu'elle n'avait pas faites.

264. La doctrine gallicane sur le mariage était aussi reçue en Belgique et maintenue avec rigueur par nos princes. Dans les Pays-Bas autrichiens plus qu'en France, les prétentions ultramontaines trouvaient de l'appui au sein d'un clergé né ambitieux. Quand le gouvernement se relâchait, soit par faiblesse, soit par politique, les passions se faisaient jour avec une outrecuidance qu'expliquent seuls l'ignorance et l'aveuglement. A la fin du siècle dernier, un professeur enseignait à Louvain qu'à l'Eglise seule il appartenait de régler tout ce qui concerne le mariage; il soutenait hardiment que cela avait toujours été reconnu, excepté par l'*impie vaurien* qu'on nommait Joseph II (1). Cela se disait au début de la révolution française, alors que le gouvernement se croyait obligé de faire la cour au clergé. Aujourd'hui, il est devenu de mode de mettre sur le compte de Joseph II tout ce qui s'est fait, sous l'ancien régime, contre les prétentions de Rome. Il n'en est rien. Joseph II n'a fait que suivre les traces de sa mère, la pieuse Marie-Thérèse. En 1768, un official de Gand, nommé Jacques Clément, publia un *Traité du pouvoir irréfragable et inébranlable de l'Eglise sur le mariage des catholiques*. Marie-Thérèse s'étant fait rendre compte de ce livre, le condamna et le proscrivit, comme *attentatoire aux droits et hauteurs de la souveraineté*, contenant au surplus *des assertions fausses, pernicieuses, téméraires et injurieuses aux souverains et aux tribunaux de justice* (2). En même temps des ordres furent donnés au procureur général du conseil de Flandre pour poursuivre l'auteur et pour le faire destituer de ses fonctions de juge. Le chanoine se hâta de demander pardon; il rétracta tout ce qu'il avait dit, et s'estima heureux d'en être quitte en perdant sa place d'official.

(1) « Impiissimo nebulone, quem Josephum secundum appellant. » (*L'Observateur politique, administratif, historique et littéraire de la Belgique*, t. Ier, p. 103.)

(2) Ordonnance du 5 août 1768 (*Placards du Brabant*, t. XI). Comparez *l'Observateur*, t. Ier, p. 102.

265. Les ultramontains avaient raison en une chose dans leurs débats avec les gallicans, c'est que le gallicanisme était la plus inconséquente des doctrines. Tout en revendiquant pour l'Etat la puissance souveraine sur le mariage, il donnait aux curés le pouvoir exclusif de le célébrer, il permettait aux tribunaux ecclésiastiques d'en prononcer l'annulation. C'était mettre une arme dangereuse dans les mains du clergé. Il en abusa. Nous avons dit, ici même, quelle était la déplorable position des protestants dans le royaume très-chrétien : obligés à l'hypocrisie, forcés d'apostasier quand ils voulaient contracter un mariage valable : exposés, quand leur conscience reculait devant le mensonge, à voir leur union méconnue par l'inconstance des passions humaines, nulle en tout cas aux yeux de la loi. C'était profaner le sacrement tout ensemble et violer les droits de la nature humaine. Quel était le remède au mal? Il fallait séculariser le mariage; mais on ne le pouvait qu'en séparant la religion et l'Etat, qui étaient confondus sous l'ancien régime. Des magistrats instruits, dit Portalis, reconnaissaient que la séparation pouvait se faire; ils demandaient que l'état civil des hommes fût indépendant du culte qu'ils professaient. Ce changement rencontrait de grands obstacles. Disons mieux : il était impossible sous un régime qui repoussait la liberté religieuse comme une révolte contre Dieu. Il fallut une révolution pour apprendre aux hommes « qu'il faut souffrir tout ce que la Providence souffre, et que la loi, qui ne peut forcer les opinions religieuses des citoyens, ne doit voir que des Français, comme la nature ne voit que des hommes (1). »

De là le principe de la sécularisation du mariage, proclamé par l'Assemblée constituante. L'Assemblée législative l'organisa en instituant des officiers civils pour célébrer l'union de tous les citoyens, sans distinction de culte (2). Rien de plus légitime; il faudrait dire que c'est la loi de la nature. Les citoyens appartiennent à la patrie,

(1) Paroles de Portalis, Exposé des motifs, n° 6 (Locré, t. II, p. 380).
(2) Loi du 20 septembre 1792. Comparez mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat depuis la Révolution*, p. 83 et suiv.

indépendamment de toute religion; c'est donc à la loi civile à constater leur état. Tous les cultes étant placés sur la même ligne, il serait contraire à l'égalité religieuse de laisser aux ministres de l'Eglise catholique le pouvoir de célébrer le mariage de ceux qui sont étrangers ou hostiles à leur religion. Mais c'était enlever à l'Eglise un moyen d'influence dont elle avait abusé. De là une vive opposition contre le principe qui, en sécularisant le mariage, semblait séculariser un sacrement. Au moment où le code civil fut discuté et publié, l'Eglise était trop faible pour réclamer contre la sécularisation; elle venait seulement d'être rétablie, et elle n'osait pas s'élever contre le premier consul, qui avait restauré les autels. La loi du 18 germinal an x, qui contient les articles organiques du concordat, donna une nouvelle consécration au principe proclamé par la Révolution. Aux termes de l'article 54, « les curés ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront, en bonne et due forme, avoir contracté mariage devant l'officier civil. » Il fallait une sanction à cette défense; elle se trouve dans le code pénal de 1810. Le ministre du culte qui procède aux cérémonies religieuses d'un mariage sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil, est puni d'une amende; en cas de récidive, d'un emprisonnement de deux à cinq ans, et en cas d'une nouvelle contravention, de la déportation.

266. Le pape Pie VII laissa publier le code civil et le code pénal sans protester. Mais en 1808, il adressa au clergé de Pologne une instruction qui témoigne que l'ambition de Rome est immortelle, ainsi que son aveuglement. « Reconnaître dans les mariages catholiques, dit le pape, des contrats civils, c'est accorder au prince une puissance sur les sacrements, c'est dire qu'il peut mettre la main à l'encensoir et faire prévaloir ses lois sur celles de l'Eglise. » Pie VII veut que l'évêque de Varsovie déclare à son prince que les dispositions du code Napoléon sur le mariage ne pouvaient s'appliquer aux mariages catholiques dans un pays catholique; que cette application serait un attentat inouï et une révolte manifeste contre les lois de

l'Eglise, une nouveauté induisant à l'erreur et au schisme. » Il n'y a point de mariage, continue le pape, s'il n'est contracté dans les formes que l'Eglise a établies pour le rendre valide; on doit tenir pour nul, de toute nullité, un mariage contracté malgré un empêchement canonique, quand même il aurait été abusivement abrogé par le prince (1)? »

267. On conçoit quel trouble de pareils enseignements émanés du saint-siége doivent porter dans l'âme des croyants. A qui doivent-ils obéir? à la loi ou à l'Eglise? Telle est l'ignorance qui règne dans les bas-fonds des sociétés catholiques, que l'on y sait à peine ce que c'est qu'une loi; on n'y connaît qu'une seule autorité, celle du curé. Il en était ainsi en Belgique, lors de la chute de Napoléon; les habitants des campagnes ne faisaient plus inscrire les actes de naissance, de mariage et de décès sur les registres de l'état civil; ils croyaient que le bon vieux temps était revenu avec les alliés, et que les curés étaient de nouveau les maîtres. Des maires mêmes refusèrent de recevoir les déclarations des parties intéressées! C'est ce que nous apprend un arrêté du 4 octobre 1814. Le prince souverain des Pays-Bas y faisait des concessions au clergé pour se le rendre favorable; l'article 2 portait : « A dater de la publication du présent arrêté, tout individu catholique qui voudra contracter mariage sera tenu de se pourvoir d'une déclaration du curé de laquelle il conste qu'il n'existe aucun empêchement canonique à l'union des futurs époux. » Cet arrêté fut pris, à la demande du clergé, en faveur de la religion catholique (2). Faire la cour à l'Eglise est une mauvaise politique; c'est un acte de faiblesse, et c'est la faiblesse du pouvoir civil qui fait la force de la puissance ecclésiastique. A peine l'arrêté fut-il publié, que l'on vit des curés refuser la déclaration prescrite par l'article 2, sans qu'il y eût un empêchement canonique, par la seule raison qu'ils ne voulaient pas reconnaître le mariage comme contrat civil. Il y en eut qui

(1) *Essai historique sur la puissance temporelle des papes* (par Daunou), t. II, p. 324 et suiv.

(2) C'est l'intendant du département de la Dyle qui le dit. (*L'Observateur* du 23 février 1815, t. Ier, p. 97).

prêchèrent que le mariage civil était une invention du démon. Ces incroyables préjugés n'étaient pas le partage exclusif du clergé ignorant des campagnes; il y eut une instruction émanée de l'évêché de Tournai qui défendit de délivrer les certificats dirigés par l'arrêté de 1814. C'était prohiber tout mariage civil (1).

Dès le 7 mars 1815, le prince souverain des Pays-Bas fut obligé de rapporter l'arrêté de 1814. Le nouvel arrêté maintenait le principe proclamé par l'Assemblée constituante : « Le mariage, comme contrat civil, n'est soumis qu'à la puissance séculière; l'autorité ecclésiastique n'a aucun droit d'en empêcher l'exercice. » Malgré l'expérience qu'il venait de faire de l'incurable ambition du clergé, le prince crut devoir faire une autre concession à l'Eglise. Sous le prétexte que l'autorité civile ne devait pas se mêler des sacrements, il abrogea l'article 54 de la loi de germinal an x, ainsi que les articles 199 et 200 du code pénal. Qu'en résulta-t-il? C'est que, dans les campagnes, les futurs époux, bien persuadés que le mariage civil était une invention du diable, ne faisaient plus célébrer leur union que par le curé : ces prétendus mariages n'étaient, en réalité, qu'un concubinage, et les enfants qui en naissaient étaient des bâtards. Voilà à quoi aboutissent les prétentions du clergé et la faiblesse des princes!

268. On dit que l'expérience rend les hommes sages. Hélas! ils ne profitent pas même de l'expérience. Le 10 octobre 1830, le gouvernement provisoire qui s'établit après la révolution de Septembre, prit un arrêté dont l'article 3 portait : « Les lois générales et particulières entravant le libre exercice d'un culte quelconque, et assujettissant ceux qui l'exercent à des formalités qui froissent les consciences et gênent la manifestation de la foi professée, sont abrogées. » C'était abolir les dispositions de la loi de germinal et du code pénal qui défendaient aux curés de célébrer le mariage religieux avant le mariage civil. Les évêques l'entendirent ainsi. On lit dans un mandement

(1) *L'Observateur* du 5 février 1815, t. Ier, p. 19. *Discussions du Congrès sur la constitution belge*, t. Ier, p. 610, 611 (discours de Claus).

épiscopal, que les curés devaient demander à l'évêque l'autorisation de procéder au mariage religieux avant la célébration du mariage civil, s'il y avait pour cela des raisons suffisantes (1). Quand le Congrès discuta le projet de constitution, on se demanda s'il fallait maintenir l'indépendance du mariage religieux. Les auteurs du projet établissaient le principe de la séparation de l'Eglise et de l'Etat. Ce principe fut vivement soutenu par les catholiques et la fraction des libéraux connus sous le nom d'unionistes, parce qu'ils s'étaient unis aux catholiques pour ruiner le royaume des Pays-Bas. La constitution ne consacre pas la séparation en termes formels; elle se borne à dire que l'Etat n'a le droit d'intervenir ni dans la nomination ni dans l'installation des ministres d'un culte quelconque, ni de défendre à ceux-ci de publier leurs actes. Ce sont des conséquences qui dérivent de la séparation; on peut donc dire que la constitution en admet le principe. Fallait-il, par application du principe, déclarer le mariage religieux indépendant du mariage civil?

Les catholiques se prononcèrent d'abord pour l'indépendance. M. de Gerlache dit qu'il fallait maintenir le principe de la liberté. Il demanda où étaient les abus? Dans un autre débat, il demanda où étaient les jésuites. Il est évident que les jésuites de même que les abus de la puissance ecclésiastique n'existent que dans l'imagination des libéraux. M. Raikem n'avait pas cette foi, il ne niait pas les abus; mais de quoi, disait-il, n'abuse-t-on pas (2)? Les unionistes étaient encore plus naïfs. Il faut accepter le principe avec toutes ses conséquences, dit M. Nothomb (3). Il en oubliait une : s'il y a séparation complète entre l'Etat et l'Eglise, à quel titre les ministres du culte, que le jeune orateur qualifiait d'*individus*, reçoivent-ils un traitement de l'Etat? On redoute les abus, dit un républicain; ne sait-on pas qu'il doit y avoir des abus (4)? Des abus, s'écria un

(1) Tielemans, *Répertoire du droit administratif*, t. Ier, p. 172, au mot *Actes de l'état civil*.
(2) *Discussions du Congrès*, t. Ier, p. 590, 598 et suiv.
(3) *Discussions du Congrès*, t. Ier, p. 596.
(4) De Robaulx (*Discussions du Congrès*, t. Ier, p. 589).

unioniste incorrigible, il n'y en a pas; le clergé ne songe plus à dominer ni à attaquer les lois de l'Etat (1).

Il n'y avait pas quinze ans que les curés avaient prêché que le mariage civil était une *invention diabolique*, et sous les yeux du Congrès, où l'on niait les abus, les fidèles négligeaient de célébrer leur union devant l'officier civil : sous l'inspiration de qui? En présence du Congrès, le clergé bénissait des mariages auxquels les parents avaient refusé de consentir (2). Il y a plus : le principe même que les catholiques et leurs alliés les unionistes invoquaient était un abus. Non, disait M. Defacqz, le mariage religieux ne doit pas être indépendant du mariage civil : « Il faut que tous les cultes soient libres, mais il faut aussi que la loi civile conserve sa force; il faut que la puissance temporelle prime et absorbe en quelque sorte la puissance spirituelle, parce que la loi civile étant faite dans l'intérêt de tous, elle doit l'emporter sur ce qui n'est que l'intérêt de quelques-uns. » Voilà la vraie maxime sur les rapports de l'Église et de l'Etat, car elle est fondée sur la conservation de la société, et il n'y a pas de plus grand intérêt, pour mieux dire, il n'y a pas de plus grand devoir. Que résulterait-il de l'indépendance absolue du mariage religieux? Des mariages apparents qui ne seraient qu'un concubinage aux yeux de la loi. C'est l'expression de M. Nothomb (3). Donc la femme sans garantie, les enfants sans état, le trouble dans les familles. Ainsi l'indépendance du mariage religieux est subversive de l'ordre social. C'est dire que le principe même est faux, et que la loi civile doit dominer sur la diversité des cultes (4).

Dans le cours de la discussion, on cita un fait scandaleux qui fit une profonde impression sur les esprits. Un procès s'était engagé entre une fille et sa mère; la fille était mariée et demandait la réduction des libéralités faites à sa mère en vertu de l'article 1094 du code Napoléon.

(1) Jottrand (*Discussions du Congrès*, t. Ier, p. 591 et suiv.).
(2) Discours de Forgeur, dans les *Discussions du Congrès*, t. Ier, p. 594 et suiv.
(3) *Discussions du Congrès*, t. Ier, p. 597.
(4) Discours de Defacqz, dans les *Discussions du Congrès*, t. Ier, p. 187 et suiv.

Que répondit la mère? « Celui que vous considérez comme votre père ne fut jamais mon mari. Un prêtre seul a béni notre union, vous n'avez aucun droit à la succession de celui qui vous donna le jour, son nom même vous est interdit (1) ». Le vote fut ajourné et à la reprise de la discussion, le parti catholique renonça à son opposition : le congrès adopta l'amendement présenté par M. Forgeur, en ces termes : « Le mariage civil devra toujours précéder la bénédiction nuptiale, sauf les exceptions à établir par la loi. » Aucune exception n'a été faite jusqu'ici; le principe proclamé par l'Assemblée constituante et par la loi organique du concordat reste donc debout; il est sanctionné par l'article 267 du code pénal belge. C'est un principe de la plus haute importance. Il est certain que si l'on avait appliqué la liberté religieuse et surtout la séparation de l'Eglise et de l'Etat dans toutes ses conséquences, on aurait dû déclarer le mariage religieux indépendant du mariage civil. Mais il se trouva que dans l'application du principe on aboutissait à l'anarchie, à la dissolution de l'ordre social. Le besoin de conservation est la première de toutes les nécessités, le plus impérieux de tous les devoirs; il doit l'emporter sur les exigences des cultes. C'est dire que l'ordre civil domine sur l'ordre religieux.

La cour de cassation de Belgique a fait l'application du principe constitutionnel à un cas remarquable. Un curé célébra le mariage de deux étrangers; ceux-ci invoquaient leur statut personnel qui déclarait valable l'union contractée devant le prêtre, indépendamment de tout mariage civil. La cour suprême décida que le ministre du culte n'avait pas pu procéder à la célébration du mariage religieux (2). On ne peut pas se prévaloir du statut personnel contre une loi qui concerne essentiellement l'ordre social. On ne peut pas davantage commettre un délit au nom de la liberté religieuse.

(1) Discours de Claus, dans les *Discussions du Congrès*, t. Ier, p. 610.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 19 janvier 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 1, 85). La cour de Paris a décidé que le mariage célébré entre une Française et un étranger devant le ministre protestant est nul (arrêt du 18 décembre 1837, dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 590, 1°).

CHAPITRE II.

DES CONDITIONS REQUISES POUR L'EXISTENCE DU MARIAGE.

§ Ier. *De la distinction entre les mariages inexistants et les mariages nuls.*

269. Le chapitre Ier du titre V est intitulé : ***Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage.*** Ces conditions sont : l'âge, le consentement des contractants, le consentement des ascendants ou de la famille, l'absence d'empêchements, la célébration publique du mariage par l'officier de l'état civil compétent. Faut-il distinguer parmi ces conditions celles qui sont prescrites pour l'existence du mariage et celles qui ne le sont que pour sa validité? Nous avons dit, en traitant de l'autorité de la loi, que la doctrine établit une distinction entre les actes nuls, c'est-à-dire annulables, et ceux qui n'ont pas d'existence aux yeux de la loi; nous appellerons ces derniers *inexistants*, bien que le mot ne soit pas admis par l'Académie, mais il exprime énergiquement la pensée des auteurs.

Les actes nuls, tout en étant viciés, existent néanmoins, et ils produisent tous les effets juridiques qui y sont attachés, tant qu'ils n'ont pas été annulés. Il faut donc intenter une action en nullité pour qu'ils cessent de produire des effets juridiques; c'est seulement à partir du jugement qui prononce leur annulation qu'ils n'existent plus. Si aucune action en nullité n'est intentée, les actes, quoique nuls, produiront les mêmes effets que s'ils n'étaient pas viciés. Il n'en est pas ainsi des actes inexistants. Le mot même dit qu'ils ne peuvent produire aucun effet, le néant ne pouvant avoir aucune force, aucune puissance. Comme ces actes n'ont pas d'existence légale, il n'est pas nécessaire de les attaquer; il faut dire plus : logiquement, on ne conçoit pas que l'on demande l'annulation d'un acte inexistant; peut-on demander l'anéantissement du néant? Peu importe donc que l'on n'agisse pas en justice pour faire tomber ces actes qui n'ont qu'une existence apparente il est toujours

vrai de dire qu'ils n'existent pas; et à quelque époque que l'on s'en prévale contre nous, nous pouvons toujours les repousser en disant qu'on nous oppose le néant. Il en est tout autrement des actes nuls. Puisqu'ils doivent être annulés par le juge pour perdre leurs effets, il est nécessaire d'intenter l'action en nullité dans le délai prescrit par la loi; passé ce délai, l'action en nullité est prescrite, et l'acte nul devient pleinement valable. Tandis que l'acte inexistant ne peut jamais être validé, car le néant reste toujours néant.

Il suit de là que les actes nuls peuvent être confirmés. Le vice qui les infecte est effacé par la confirmation de celui qui avait le droit de demander la nullité. Ce droit n'étant établi qu'en sa faveur, il est libre d'y renoncer, et s'il y renonce, il n'y a plus de raison pour que l'acte soit nul, il est aussi valable que si jamais il n'avait été vicié. En est-il de même des actes inexistants? Non, il n'y a pas là de vice qui puisse disparaître par une renonciation. Nous venons de dire qu'il ne naît pas d'action en nullité d'un acte inexistant; comment donc y renoncerait-on? Confirmez le néant tant que vous voudrez, il restera toujours le néant.

270. La distinction des actes nuls et des actes inexistants conduit à distinguer les conditions requises pour l'existence des actes juridiques de celles qui sont requises pour leur validité. Il y a des conditions sans lesquelles un acte juridique ne saurait exister; si l'une de ces conditions manque, l'acte est inexistant. Il y a d'autres conditions requises pour la validité des actes; si elles font défaut, l'acte est nul, mais il existe par cela même, parce qu'on suppose qu'il ne lui manque aucun élément requis pour son existence. La distinction se conçoit très-bien en théorie; voyons si elle reçoit son application au mariage. Zachariæ qui, le premier, l'a enseignée scientifiquement, établit les conditions suivantes pour que le mariage existe : la différence de sexe, le consentement, la solennité. Toutes les autres conditions ou qualités exigées pour pouvoir se marier ne sont prescrites que pour la validité du mariage. Si l'une des conditions requises pour l'exis-

tence du mariage fait défaut, le mariage est inexistant; si c'est une condition requise pour la validité qui manque, le mariage est nul (1). Nous allons d'abord exposer la théorie de Zachariæ; nous verrons ensuite si cette théorie est celle du code.

§ II. *Quelles sont les conditions requises pour l'existence du mariage.*

271. Les parties contractantes doivent être de sexe différent. Si une femme se mariait avec une femme, ou un homme avec un homme, certes il n'y aurait pas de mariage. Le cas s'est présenté pour un hermaphrodite (2). Doit-on dire d'un pareil mariage qu'il est nul, c'est-à-dire annulable? Cela impliquerait que la nullité en doit être demandée, et que si elle ne l'était pas, le mariage existerait et produirait tous les effets d'une union légitime. Or, cette supposition est un non-sens. Quand même il n'y aurait jamais de demande en nullité, quand même trente ans se passeraient sans qu'il y eût ni action, ni jugement, le prétendu mariage de deux personnes du même sexe n'en serait pas moins un mariage inexistant. Cette union est donc plus que nulle, elle n'existe pas. Faut-il dire la même chose s'il y avait impuissance? En théorie, on le peut soutenir, et c'est l'avis de Zachariæ : un homme impuissant n'est pas un homme, puisque la condition essentielle de la virilité lui manque. Mais le code a-t-il consacré cette théorie? La question est très-douteuse, soit que l'on considère le mariage comme inexistant, soit qu'on le considère seulement comme nul. Nous l'examinerons plus loin.

272. Le consentement des contractants est une condition sans laquelle on ne conçoit pas de mariage. Il est de l'essence du mariage que les futurs époux aient respectivement consenti à se prendre pour mari et femme. Supposez que l'officier de l'état civil ait célébré le mariage, alors que l'un des futurs époux n'a point déclaré consentir,

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, § 450, p. 210.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Hermaphrodite*. *Gazette des Tribunaux* du 19 avril 1834.

le mariage serait plus que nul, il serait inexistant. Sans consentement, il n'y a rien, il n'y a que le néant. Il en serait de même s'il y avait incapacité absolue de consentir. Un des comparants est frappé de folie au moment même où il déclare consentir, ou il est dans un état d'ivresse tel, qu'il est incapable de manifester sa volonté; il n'y aura pas de mariage, parce que sans manifestation de volonté il n'y a pas de consentement, et sans consentement il n'y a pas de mariage. Il en serait autrement si le consentement de l'un des époux était vicié par la violence ou l'erreur. Les vices du consentement, même le plus radical, l'erreur, ne donnent lieu, dans la théorie du code civil, qu'à une action en nullité; le mariage sera donc nul, mais il existera. Cette distinction est aussi fondée en raison, au moins pour la violence; le consentement existe, dès lors l'acte juridique existe aussi, mais le consentement étant vicié, l'acte est aussi vicié, c'est-à-dire nul. La question est plus douteuse pour l'erreur, notamment quand elle porte sur l'identité de la personne : le mariage est-il inexistant dans ce cas, ou est-il nul? Nous reviendrons sur ce point.

Que faut-il dire des sourds et muets? Le projet de code les déclarait incapables de contracter mariage, à moins qu'il ne fût constaté qu'ils étaient capables de manifester leur volonté. Cette disposition appliquait aux sourds et muets le principe du consentement, mais elle était mal formulée, car elle posait en principe l'incapacité, tandis que la capacité est la règle et l'incapacité l'exception. Le premier consul et Portalis en firent la remarque (1). C'était dire qu'il fallait laisser les sourds et muets sous l'empire du droit commun. Sont-ils en état de manifester leur volonté, ils pourront contracter mariage; ne peuvent-ils pas manifester leur volonté, le consentement devient impossible; si donc le mariage était célébré, il serait inexistant. Vainement dirait-on qu'ils ont peut-être consenti, que cela est même probable; on répondrait que le consentement

(1) Séance du conseil d'État du 26 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 311, 314, 315, nos 1, 11 et 12).

n'est pas un fait qui se passe dans l'intimité de la conscience, que c'est un fait extérieur. Un consentement non manifesté n'est pas un consentement, et par suite il n'y a pas de mariage.

273. Le mariage est un acte solennel; il doit être célébré dans les formes prescrites par la loi. Est-ce à dire que toutes ces formes soient requises pour l'existence du mariage ou du moins pour sa validité? En théorie, comme d'après les dispositions du code, il faut distinguer. Il y a des formalités qui relativement sont de si peu d'importance, que leur inobservation ne peut entraîner la nullité du mariage; il existe donc et il est valable. Par contre, il y a des formes substantielles sans lesquelles on ne conçoit pas de mariage. Il ne suffit pas que les futurs époux consentent à se prendre pour mari et femme, il faut que ce consentement soit déclaré devant un officier public, représentant de la société; c'est lui qui prononce, au nom de la loi, que les parties contractantes sont unies par le mariage (art. 75). Donc sans officier public pas de mariage. Il ne suffit pas d'un officier public quelconque, il faut que ce soit l'officier de l'état civil; si un autre fonctionnaire célébrait le mariage, comme il n'aurait aucune qualité pour le faire, ce serait comme si un premier venu procédait à la célébration du mariage; en réalité, il n'y aurait pas d'officier civil et, par suite, pas de mariage. Il en serait autrement si le mariage avait été célébré par un officier de l'état civil, mais incompétent. On ne peut plus dire, en ce cas, qu'il n'y a point d'officier civil; donc le mariage existerait, mais il serait vicié à raison de l'incompétence de celui qui a célébré le mariage; ce serait un mariage nul.

La présence de l'officier public est, à notre avis, la seule solennité prescrite pour l'existence du mariage. Zachariæ exige de plus que l'expression du consentement des contractants soit consignée dans l'acte de célébration que l'officier de l'état civil doit dresser. Il est vrai que le code l'exige (art. 75). Mais si l'officier public négligeait de remplir cette formalité, en résulterait-il que le mariage serait inexistant? D'après le droit commun qui régit les actes solennels, il faudrait répondre affirmativement. L'arti-

cle 1339 déclare la donation inexistante, par cela seul que l'acte notarié est nul en la forme. Mais peut-on appliquer cette disposition, par analogie, au mariage? Nous ne le croyons pas. Le code prescrit des solennités dont l'inobservation n'est sanctionnée que par une amende; il y en a qui n'ont aucune sanction. On ne peut donc pas appliquer au mariage les principes généraux des contrats pécuniaires. A raison de l'importance de cet acte et des conséquences graves qui résultent de sa nullité ou de sa non-existence, le législateur a dû établir des principes spéciaux. La question appartient donc au droit positif; or, on ne voit pas que la loi déclare le mariage non existant quand le consentement n'est pas exprimé; si réellement il a été donné, le mariage est valable, sauf à faire rectifier l'acte. Zachariæ avoue que les parties sont admises à prouver qu'elles ont exprimé leur consentement. Dès lors le défaut de mention n'est qu'un vice qui peut être réparé et, par suite, on ne peut pas dire que le mariage soit inexistant (1).

§ III. *Le code a-t-il consacré la doctrine des actes inexistants?*

274. La question est très-douteuse. Il y a d'abord un préjugé contre la théorie des actes inexistants, c'est que Pothier l'ignore, et l'on sait que Pothier est le guide constant des auteurs du code Napoléon. Il ne fait pas de distinction entre les actes non existants et les actes nuls. Dans son *Traité des obligations*, il dit très-bien qu'il n'y a pas de consentement s'il n'y a pas concours de volontés sur la nature et sur l'objet du contrat. En conclut-il que le contrat est inexistant, si l'une des parties a entendu faire une vente et l'autre un prêt? si le vendeur a entendu vendre telle chose, tandis que l'acheteur a entendu acheter une autre chose? Non, il met les contrats dans lesquels il n'y a pas de consentement sur la même ligne que les con-

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, § 451 *bis*, p. 216 et suiv.



trats où il y a erreur sur une qualité substantielle; dans tous les cas, le contrat est nul, c'est-à-dire simplement annulable. Dans son *Traité du contrat de mariage*, Pothier suit les mêmes principes. Il n'y est pas dit un mot d'un mariage qui serait inexistant. Le consentement est certes nécessaire, puisque le mariage est un contrat; s'il est vicié par l'erreur, la violence ou la séduction, il est détruit, dit Pothier; cela veut-il dire qu'il n'existe pas? Non, le mariage est simplement nul. Même décision quand il y a erreur sur la personne physique; il n'y a pas, à vrai dire, de consentement dans ce cas, on devrait donc dire qu'il n'y a pas de mariage. Est-ce l'opinion de Pothier? Non, car il enseigne que ce mariage peut être confirmé, donc il existe (1).

275. Ignorée dans l'ancien droit, la distinction des actes inexistants et des actes nuls a-t-elle été introduite par le code Napoléon? La plupart des auteurs ne la connaissent pas; Zachariæ est le premier qui l'ait formulée (2). Il avoue que les écrivains français confondent le mariage inexistant et le mariage simplement nul. Du moins, dit-il, leur théorie est tellement vague que l'on ne saurait reconnaître s'ils ont voulu admettre ou rejeter la distinction. Marcadé l'adopte, nous devrions dire qu'il la professe, sans nommer Zachariæ, à qui il l'a empruntée; ce qui ne l'empêche pas de malmener les auteurs qui ne l'admettent pas. « Il est étrange, dit-il, et surtout il est triste de voir la plupart des auteurs confondre le mariage non existant avec le mariage annulable, et nous présenter comme théorie un mélange d'idées incohérentes, où il est impossible à l'esprit de rien saisir de logique (3). » Cette mercuriale s'adresse à Toullier, à Duranton, et même à Merlin; Pothier est également parmi les coupables. Soyons plus modestes et avouons que la question est douteuse. C'est ce que dit M. Demolombe, bien qu'il adopte la distinction. Ce n'est pas la rigueur des déductions qui distingue cet

(1) Pothier, *Traité des obligations*, nos 17 et 18; *Traité du contrat de mariage*, nos 307, 308 et 309.
(2) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 169 et suiv.
(3) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 459, no 3.

estimable écrivain. Il convient que la distinction est vraie, mais il se refuse à en adopter toutes les conséquences; quoiqu'elle ait été plusieurs fois reproduite au conseil d'Etat, il n'est pas sûr, dit-il, qu'elle s'y soit décidément fait reconnaître; et en tout cas on peut affirmer que le code civil, si tant est qu'il l'ait adoptée, ne l'a fait qu'avec tant d'hésitations et d'obscurités, que ses interprètes ne l'y ont pas aperçue (1).

Nous croyons que l'on peut baser la distinction des actes inexistants et des actes nuls sur des textes du code; et elle trouve aussi un appui dans les discussions. Cela suffit pour qu'on doive l'admettre, puisqu'elle est fondée sur les vrais principes. Et s'il en est ainsi, il faut aussi appliquer la doctrine dans toutes ses conséquences. Nous ne connaissons pas de demi-vérité en droit; notre science est une science logique. Si une théorie n'a de racines ni dans les textes, ni dans l'esprit de la loi, il faut la rejeter; si, au contraire, elle est juridique, si elle a pour elle la lettre de la loi et les travaux préparatoires, il faut l'accepter et ne reculer devant aucune conséquence. Consultons donc avant tout le code civil.

276. Le code ne dit rien de la première condition, la différence des sexes. Et cela se conçoit. C'eût été une niaiserie de la part du législateur que de proclamer solennellement qu'il faut un homme et une femme pour qu'il y ait mariage. C'est à peine si la doctrine peut s'arrêter sur une vérité qui est plus qu'un axiome. Toutefois l'on peut citer un texte par analogie. Le code Napoléon exige, comme condition essentielle des contrats pécuniaires, une cause, c'est-à-dire un motif juridique de contracter, et il décide que « l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet (art. 1131). » C'est dire énergiquement que s'il n'y a pas de cause, il n'y a pas d'obligation, que par suite le contrat est inexistant. Or, n'est-il pas évident que le motif juridique qui porte les futurs époux à contracter mariage, c'est l'union corporelle? Ce qui n'exclut pas l'union des âmes, mais cette union morale suppose elle-même des

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 377, n° 239.

sexes différents. L'homme se complète par l'union avec la femme, de même que la femme se complète en s'unissant avec l'homme. Dès lors, s'il n'y a pas de différence de sexes, le mariage est sans cause, et il faut dire avec l'article 1131 qu'un pareil contrat « ne peut avoir aucun effet. » C'est par application de ce principe que le code décide qu'une vente sans objet est *nulle* (art. 1601); elle est nulle parce qu'elle est sans cause, et étant sans cause, elle ne peut avoir aucun effet, elle est donc inexistante. N'en doit-il pas être de même du mariage dans lequel il n'y aurait pas d'homme ou pas de femme? Ce serait un contrat sans objet, partant nul dans le sens de l'article 1601, ou, comme nous disons, inexistant.

277. Pour la deuxième condition, le consentement, nous avons un texte. L'article 142 porte : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. » En apparence, cet article est décisif, et on le cite d'ordinaire pour prouver que, dans tout contrat, le consentement est requis pour l'existence de la convention. Remarquons, en effet, que la loi ne dit pas que le mariage est *nul* quand il n'y a pas de consentement. Le mot nul est une expression à double sens, et par suite douteuse; tantôt il signifie *inexistant*, comme dans l'article 1601, tantôt, et le plus souvent, il marque que l'acte frappé de nullité est seulement annulable. Le code semble avoir voulu prévenir tout doute en disant : *il n'y a pas de mariage*. Peut-on exprimer plus énergiquement la pensée que le mariage est *inexistant?* Si les auteurs du code ne se sont pas servis de ce terme, c'est qu'il n'est pas français, mais ils en ont donné la définition, en quelque sorte, en disant qu'*il n'y a pas de mariage*.

Si l'on pouvait faire abstraction des travaux préparatoires, la disposition de l'article 146 serait, en effet, décisive. Mais les discussions, au lieu de mettre notre principe en lumière, ne font que l'obscurcir, au point de jeter des doutes sur l'intention du législateur : on ne sait, en définitive, ce qu'il a voulu. On se prévaut si souvent des travaux préparatoires, surtout dans la question des nullités de mariage, qu'il n'est pas inutile de montrer combien ils

sont vagues, contradictoires et peu concluants dans le débat qui nous occupe.

Chose étrange! La distinction entre les actes inexistants et les actes nuls fut formulée au conseil d'État, mais ce n'est pas un jurisconsulte qui la professa, c'est le soldat de génie qui dirigeait les destinées de la France et du monde. Zachariæ dit que le premier consul donna plus d'une fois, dans la discussion du titre du Mariage, des preuves d'une sagacité remarquable. L'éloge est mérité. Napoléon revint, à plusieurs reprises, sur la distinction dont nous cherchons des traces dans nos textes et dans les travaux préparatoires; mais n'étant pas légiste, il se trompa dans l'application qu'il faisait d'un principe réellement nouveau, puisqu'il avait échappé aux anciens juristes; et au sein du conseil d'État même, l'opinion du premier consul passa presque inaperçue. Il dit très-bien « qu'il ne faut pas mêler ensemble *les cas où il n'y a pas de mariage* et les *cas où un mariage peut être cassé* (1). » Voilà la distinction nettement établie. Mais quels sont les cas où il n'y a pas de mariage? Ici le premier consul tombe dans l'erreur en disant « qu'il n'y a pas de mariage là où il n'y a pas de *consentement libre*, » ou qu'il n'y a point de contrat « *s'il y a violence* (2). » Cela n'est pas exact; la violence est un simple vice du consentement, vice qui rend le contrat nul; mais on ne peut pas dire qu'il n'y a pas de consentement et par conséquent pas de mariage. Napoléon comprenait très-bien que si la violence est purement morale, elle n'engendre qu'un vice, mais il croyait qu'il en était autrement en cas de violence physique, de contrainte matérielle (3). Dans les contrats pécuniaires, la distinction est admissible; on conçoit, à la rigueur, que la force contraigne une personne à signer un acte, et à donner ainsi un consentement apparent, qui n'existe réellement pas. En matière de mariage, cela est impossible; car il faut une déclaration verbale, et

(1) Séance du conseil d'Etat du 24 fructidor an IX, n° 17 (Locré, t. II, p. 317).
(2) Même séance, n° 15, et séance du 4 vendémiaire an X, n° 37 (Locré, t. II, p. 316, 330).
(3) Séance du 4 vendémiaire an X, n° 37, et séance du 24 frimaire an X, n° 9 (Locré, t. II, p. 330 et 362).

il n'y a pas de puissance humaine qui puisse forcer à dire oui, celui qui persiste à dire non. La violence est donc toujours morale, en ce sens que la femme ou l'homme qui est violenté choisit entre deux maux le moindre, et déclare consentir pour échapper aux tortures qu'on lui inflige. Mais ces erreurs d'application n'empêchent point que la distinction entre les actes inexistants et les actes nuls n'ait été clairement aperçue par le premier consul.

278. L'opinion du premier consul a-t-elle été consacrée par le code qui porte son nom? Cela est douteux. L'article 4 du projet était ainsi conçu : « Le *mariage n'est pas valable*, si les deux époux n'y ont pas donné un consentement libre. *Il n'y a pas de consentement* : 1° s'il y a erreur dans la personne que l'une des parties avait eu l'intention d'épouser; 2° s'il y a eu violence; 3° s'il y a eu rapt, à moins que le consentement n'ait été donné par la personne ravie, après qu'elle a eu recouvré sa pleine liberté. » Il est évident que cette disposition confond les conditions requises pour l'existence du mariage et celles qui sont prescrites pour sa validité. La liberté du consentement n'est pas une condition d'existence du mariage; le consentement existe, bien qu'il ne soit pas libre, donc il y a mariage. Il est par conséquent inexact de dire « qu'il n'y a pas de consentement, s'il y a eu violence. » Et s'il était vrai qu'il n'y eût pas de consentement en cas de violence, il faudrait dire, non « que le mariage n'est pas valable, » mais qu'il n'y en a point, qu'il est non existant.

La rédaction primitive fut changée sur la proposition de Bigot-Préameneu. On réduisit l'article à ces termes : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement; il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence, séduction ou erreur sur la personne (1). » Cette nouvelle rédaction consacrait la confusion des actes inexistants et des actes nuls. La première proposition paraît admettre que le mariage est *inexistant*, quand il n'y a pas de consentement; mais la seconde dit qu'il n'y a pas de consentement quand il y a séduction, ce qui est évi-

(1) Séance du conseil d'État du 26 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 317, n° 18).

demment un mariage nul ; il n'est donc pas vrai de dire que dans ce cas « il n'y a pas de consentement, » partant pas de mariage. Le premier consul en fit la remarque; une longue discussion s'engagea, mais elle ne porta pas sur la question soulevée par Napoléon; on ne se demanda pas dans quels cas le mariage devait être considéré comme inexistant, dans quels cas il est simplement nul. Il n'y a que Regnier qui remarqua que la disposition, pour être exacte, devait être ainsi conçue : « Le mariage est nul lorsqu'il y a violence. » Le consul Cambacérès finit par proposer de retrancher le second alinéa de l'article, ce qui était assez sa manière de résoudre les difficultés. La proposition fut adoptée, mais que signifie-t-elle? Il ne reste que la disposition de l'article 146. Veut-elle dire que le mariage est inexistant? veut-elle dire qu'il est nul? La discussion ne nous donne pas de réponse à cette question.

L'embarras de l'interprète augmente quand il lit le discours de l'orateur du Tribunat. Bouteville dit : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. *L'article* 180 *n'est* que le développement et la conséquence de cette disposition; il n'y a pas de consentement, s'il n'a été parfaitement libre, s'il a été l'effet de la violence ou de l'erreur (1). » Voilà de nouveau la confusion complète. D'après le texte de l'article 146, on doit croire que le mariage est inexistant quand il n'y a pas de consentement. Non, dit Bouteville, le mariage est seulement nul, car il donne lieu à une action en nullité, en vertu de l'article 180, action qui doit être intentée dans un bref délai, nullité qui peut être couverte par une confirmation. Que faut-il donc décider? Que les travaux préparatoires laissent la question indécise. Il y a, en effet, des témoignages contradictoires. Le premier consul se prononce pour la distinction des actes inexistants et des actes nuls. D'autres la nient, non pas en termes formels, mais implicitement; ils confondent plutôt qu'ils ne nient. Nous restons donc en présence du texte, et celui-là est on ne peut plus clair. C'est, en définitive, le texte qui est décisif, et non une discussion qui

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 412, n° 16.

n'a pas même porté sur la question que nous débattons.

279. La troisième condition, celle de la présence d'un officier de l'état civil, n'est pas prévue par le code Napoléon. Il déclare le mariage nul quand il est célébré par un officier incompétent (art. 191); il ne dit rien du cas où le mariage aurait été célébré par un officier public sans qualité aucune, ou par un ministre du culte. Il y a alors manque absolu de solennité. Au titre des Contrats, nous trouvons une disposition qui concerne les formes prescrites pour les contrats dits solennels. L'article 1339 porte : « Le donateur ne peut réparer par aucun acte les vices d'une donation entre-vifs; nulle en forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale. » Voilà une consécration formelle de la doctrine des actes non existants. Pourquoi la donation nulle en la forme ne peut-elle pas être confirmée? Parce qu'elle n'existe pas, et on ne peut pas confirmer le néant. Mais pourquoi une donation nulle en la forme est-elle inexistante? Parce que, dans les contrats solennels, le consentement doit être donné selon les formes prescrites par la loi, sinon il n'existe pas.

L'article 1339 est donc la conséquence d'un principe. Peut-on appliquer le principe au mariage? Oui, certes, car un consentement quelconque ne suffit pas pour qu'il y ait mariage. Le mariage est le plus solennel de tous les contrats; il faut donc que l'union soit célébrée par un officier de l'état civil pour qu'elle constitue un mariage. Mais si le principe de l'article 1339 reçoit son application au mariage, il n'en faut pas conclure que toutes les solennités prescrites pour le mariage sont de l'essence du mariage, de même que toutes les formes prescrites pour les donations sont de l'essence de la donation. La différence est grande entre les contrats dits solennels et le mariage. Dans les contrats solennels, il doit y avoir un écrit reçu par un notaire; s'il n'y a pas d'écrit, il n'y a pas de contrat; il n'y en a pas davantage si l'écrit est nul, car un acte nul n'est pas un acte. Dans le mariage, il faut des déclarations verbales reçues par un officier de l'état civil; voilà l'essence de la solennité. Il faut aussi un acte, mais cet acte est requis plutôt pour la preuve du mariage que

pour son existence. Aussi la loi ne prescrit-elle pas, sous peine de nullité, les formes dans lesquelles l'acte de mariage doit être dressé. Quelque informe qu'il soit, il existe, sauf à faire rectifier les irrégularités. Il y a plus : lors même qu'il n'y a pas d'acte, il peut y être suppléé (art. 46). On ne peut donc s'appuyer sur l'article 1339 et l'appliquer au mariage que pour ce qui concerne le principe même de la solennité.

L'article 1339 offre un témoignage si convaincant à l'appui de la doctrine de Zachariæ, que l'on nous permettra d'y insister encore un instant. Quand le mariage est nul, le vice de nullité peut être effacé par la confirmation, dans les cas où la nullité n'est pas d'intérêt général (articles 181, 183, 185). Un mariage inexistant ne peut pas être confirmé, pas plus qu'une donation inexistante, car la confirmation du néant est un non sens. Ce principe a été formulé nettement dans le rapport fait au Tribunat par le tribun Jaubert. « Une idée vraie et simple, disait-il, c'est qu'on ne peut confirmer que ce qui a réellement existé, quoique manquant de force par quelque vice. De là il résulte qu'on ne peut en aucune manière confirmer de prétendues conventions dont la loi n'a jamais reconnu l'existence. » Jaubert donne un exemple : « La loi a déclaré qu'il ne pouvait y avoir de convention sans objet ou sans cause licite. Dans ce cas, il ne peut y avoir lieu à confirmation (1). »

280. Nous pouvons donc affirmer que le code Napoléon consacre la distinction des actes inexistants et des actes nuls dans son texte (art. 146, 1131, 1339) et dans son esprit, témoin les paroles du premier consul et du tribun Jaubert. Il reste cependant un doute. On se demande comment une distinction si juridique, une fois proposée, n'a pas été saisie par le conseil d'État et clairement formulée. Nous répondons qu'il en va ainsi de toutes les innovations, à partir des immenses progrès qui changent la face de la civilisation jusqu'aux progrès plus modestes

(1) Rapport de Jaubert sur le titre des Obligations, dans la séance du 14 pluviôse an XII (Locré, t. VI, p. 231, n° 24).

qui s'accomplissent dans le domaine du droit. Les hommes qont si attachés au passé, qu'ils s'effrayent de toute nouveauté. Les réformateurs du XVIe siècle auraient reculé épouvantés, s'ils avaient prévu qu'une réformation, commencée au nom de la révélation, finirait par la négation de toute révélation surnaturelle. Dans le code civil, il y a bien des innovations dont les auteurs du code ne se sont pas rendu compte. Que dis-je? ils paraissent quelquefois consacrer les anciens principes, alors même qu'ils en admettent un nouveau. Il en est ainsi de la vente. Elle a pour objet principal la translation de la propriété, d'où suit que le vendeur s'oblige à la transférer; cependant les articles 1582 et 1603 reproduisent textuellement l'ancienne doctrine, d'après laquelle le vendeur s'obligeait seulement à délivrer la chose et à la garantir. L'innovation résulte de l'article 1599, qui déclare nulle la vente de la chose d'autrui; et elle est évidente malgré les hésitations du législateur. Il en est de même de la doctrine qui distingue les actes inexistants des actes nuls. Elle existe dans nos textes; elle a été soutenue au conseil d'État avec une espèce d'obstination par le premier consul; elle a été reproduite par le tribun Jaubert. Mais elle n'est pas formulée clairement, parce qu'elle n'a pas été clairement aperçue par les légistes nourris des vieux principes.

L'application du nouveau principe n'est pas sans difficulté. Un mariage est inexistant lorsqu'il n'y a pas eu de consentement. Cependant il a été célébré, et il y a un acte dressé par l'officier de l'état civil. Peut-on dire qu'un fait juridique est non existant alors qu'il est constaté par un acte authentique? C'est demander quelles sont les conséquences de l'acte inexistant. Nous examinerons la question quand nous aurons exposé les principes sur les conditions requises pour la validité du mariage. Les différences qui séparent les actes inexistants et les actes nuls ne se comprennent bien que quand on les met en regard. Nous connaissons les conditions dont l'inaccomplissement rend le mariage inexistant. Nous allons voir quelles sont celles qui entraînent la nullité du mariage.

CHAPITRE III.

DES CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

SECTION I. — De l'âge.

281. L'article 144 porte : « L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage. » En général, la capacité légale des personnes, hommes ou femmes, ne commence qu'à leur majorité (art. 488). Pourquoi le mariage, l'acte le plus important de la vie, peut-il être contracté par des mineurs? Portalis, dans son remarquable exposé des motifs, ne s'occupe que du côté physiologique de la question. L'orateur du gouvernement se demande à quelle époque les hommes sont pubères. Il est certain que le mariage ne peut pas être permis avant cette époque. Mais doit-il l'être dès que la puberté existe? On s'est peu occupé de cette question dans les travaux préparatoires. Portalis dit très-bien qu'une bonne éducation peut étendre jusqu'à un âge très-avancé l'ignorance des désirs et la pureté des sens; il ajoute que les peuples qui n'ont pas précipité l'époque à laquelle on peut devenir époux et père, ont été redevables à la sagesse de leurs lois, de la vigueur de leur constitution et de la multitude de leurs enfants (1). C'est le côté physique de la question, mais il y a un élément moral, qui est bien plus important. Le mineur ne peut disposer d'un centime, fût-ce avec le concours de ses parents. Et on lui permet de disposer de sa liberté, de contracter un engagement qui doit durer autant que sa vie, qui décidera de son bonheur ou de son malheur, on lui permet de se marier à quinze ans ou à dix-huit ans! Ce mineur jusque-là était déclaré incapable du moindre acte juridique, il pouvait agir en rescision, quand il était lésé; et le voilà subitement

(1) Exposé des motifs, n° 10 (Locré, t. II, p. 381).

reconnu capable de gouverner une famille! Il ne sait pas se gouverner lui-même, et il exerce la puissance paternelle, la puissance maritale! Il aurait besoin d'être élevé et il a charge d'âmes, il a mission de diriger l'éducation de ses enfants! Certes, cela est illogique. Le premier consul en fit la remarque : on ne devrait, dit-il, permettre le mariage à l'homme qu'à sa majorité; toutefois il admettait pour la femme l'âge de quinze ans, parce que son développement physique et moral est plus précoce que celui de l'homme (1).

282. Si l'on veut permettre aux mineurs de contracter mariage, il faut du moins fixer un âge où la puberté soit certaine, et où la raison ait acquis un certain développement. Sous l'ancien régime, on suivait la règle que le droit canonique avait empruntée au droit romain : quatorze ans pour les hommes, douze ans pour les filles. On a dit avec raison qu'une loi pareille était une folie. L'orateur du Tribunat dit dans son discours au corps législatif : « C'est d'Athènes, de Rome, de Constantinople même que nous venaient les anciennes lois qui admettaient le mariage à douze ou quatorze ans. Peut-être pouvaient-elles convenir à ces climats; elles étaient évidemment absurdes dans le nôtre; elles y eussent été désastreuses, si, mieux conseillés par la nature que par la loi, la presque universalité des citoyens ne se fût abstenue d'en user (2). » Déjà le législateur de 1792 sentit la nécessité de déroger à l'ancien droit; il fixa l'âge à quinze ans pour les hommes et à treize ans pour les filles. Le code alla plus loin, et avec grande raison. Au conseil d'Etat, Maleville remarqua que des époux trop jeunes n'ont pas la maturité d'esprit et l'expérience nécessaires pour conduire leur maison et élever leurs enfants. Il ajouta que quand des enfants se marient à un âge si peu avancé, c'est réellement le consentement des parents qui forme le mariage (3). On dit qu'il y a là une garantie contre les abus, on ne voit pas que la pré-

(1) Séance du conseil d'Etat du 26 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 314, n° 10).
(2) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 409, n° 5.
(3) Séance du conseil d'Etat du 26 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 318, n° 8).

tendue garantie est elle-même un abus. Comme l'a si bien dit le premier consul, le mariage c'est l'union des âmes. Jadis c'était l'union des corps; voilà pourquoi on n'avait égard qu'à la puberté. Aujourd'hui ce n'est plus le consentement des parents qui doit faire le mariage, c'est le consentement des futurs époux; et comment veut-on qu'il y ait union des âmes là où la vie morale commence à peine?

283. Le code Napoléon admet une exception à la règle qu'il porte. « Néanmoins, dit l'article 145, il est loisible à l'empereur d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves. » Portalis parle de *circonstances impérieuses* qui peuvent rendre le mariage nécessaire, en dessous de la limite légale; il fait allusion à la grossesse de la femme âgée de moins de quatorze ans. On lit dans une circulaire de 1824, qu'il y a encore cause de dispense si le mariage projeté doit assurer à la personne dispensée un état et des moyens d'existence, s'il doit mettre ses mœurs à l'abri du danger auquel elle serait exposée (1).

284. La loi ne fixe pas de maximum d'âge. Dans l'ancien droit, les mariages dits *in extremis* ne produisaient pas d'effets civils. L'ordonnance de 1639 privait du droit de succession les enfants nés de femmes que les pères avaient entretenues et qu'ils épousaient lorsqu'ils étaient à l'extrémité de la vie. On voit quel était le but du législateur. Il voulait empêcher l'immoralité des célibats honteux, où l'homme cherche les douceurs du mariage tout en répudiant les charges d'une union légitime, sauf à effacer, à l'extrémité de la vie, les torts de sa vie entière, par un simulacre de mariage. Les auteurs du code n'ont pas reproduit cette disposition. De deux maux ils ont choisi le moindre. L'ordonnance de 1639 ne prévenait pas les désordres et elle empêchait de les réparer, en assurant un état aux malheureux enfants, fruit de ces liaisons honteuses (2).

(1) Voyez la circulaire dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 247.
(2) Portalis, Exposé des motifs, n° 40 (Locré, t. II, p. 390 et suiv.).

SECTION II. — Du consentement des futurs époux.

§ Ier. *De la capacité de consentir.*

285. La capacité de consentir est-elle une condition requise pour l'existence ou pour la validité du mariage? Le mariage contracté par des incapables est-il inexistant ou nul? S'il y a incapacité absolue, c'est-à-dire impossibilité de consentir, alors il y a absence de consentement, et sans consentement il n'y a point de mariage (art. 146). Il y a des incapables dont l'incapacité est couverte par une assistance. Les mineurs sont, en principe, incapables de contracter, en ce sens qu'ils peuvent demander la nullité ou la rescision des actes juridiques qu'ils font. Pour le mariage, la loi déroge au droit commun; elle permet aux mineurs de se marier avec le consentement des ascendants ou de la famille; quand ils se marient sans ce consentement, leur mariage est nul. Le consentement des ascendants ou de la famille est donc une condition requise pour la validité du mariage.

Il y a d'autres incapables dont l'incapacité est relative à certains actes juridiques; tels sont les prodigues et les simples d'esprit. Le tribunal, en leur nommant un conseil judiciaire, détermine les actes qu'ils ne peuvent faire qu'avec l'assistance de ce conseil (art. 499 et 513). Il est de principe qu'ils restent capables de faire tous les actes qui ne leur sont pas défendus. Cela décide la question du mariage : les personnes placées sous conseil sont capables de se marier, par cela seul que la loi ne les déclare pas incapables. C'est ce que l'orateur du gouvernement a reconnu dans l'exposé des motifs ; la doctrine et la jurisprudence sont unanimes (1).

Il y a des incapables qui sont frappés d'une incapacité absolue, au moins pour les actes qui concernent leur patrimoine; tels sont les interdits. Mais les actes qu'ils font

(1) Voyez les témoignages dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 212.

après le jugement d'interdiction ne sont pas inexistants, ils sont simplement nuls, c'est-à-dire annulables. Que faut-il dire du mariage? Les interdits peuvent-ils se marier dans un intervalle lucide, ou leur mariage est-il nul? S'il est nul, est-il régi par les principes généraux que la loi établit sur les effets de l'interdiction? Ou faut-il dire que le mariage est inexistant? La question est très-controversée et elle est très-douteuse.

286. Aux termes de l'article 502, tous actes passés par l'interdit postérieurement au jugement qui porte interdiction sont nuls de droit. Il résulte du jugement une présomption légale d'incapacité, présomption contre laquelle la preuve contraire n'est pas admise (art. 1352). En ce sens, les actes de l'interdit sont nuls *de droit;* dès que la nullité en est demandée, le juge la doit prononcer, sans que l'on soit reçu à prouver que ces actes ont été faits dans un intervalle lucide. Ces principes reçoivent-ils leur application au mariage? Nous ne le croyons pas.

L'interdiction est prononcée quand une personne se trouve dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur. Par elle-même, l'aliénation mentale n'est pas une incapacité absolue de consentir. L'article 489 suppose que l'aliéné a des intervalles lucides; si dans ces intervalles il jouit de la plénitude de son intelligence, rien ne l'empêche de consentir et par suite de contracter. Il peut par conséquent se marier, et son mariage sera parfaitement valable. Pothier le décide ainsi, et il ajoute que cela n'est pas douteux (1). La question est donc de savoir si l'interdiction a pour effet d'enlever à l'aliéné le droit qu'il avait de se marier pendant un intervalle lucide.

Au premier abord, on croirait que la question ne peut pas même être soulevée, puisqu'elle paraît tranchée par le texte de l'article 502 : « *Tous* actes sont nuls de droit. » Peut-il y avoir un doute raisonnable, dit Duranton, en présence d'une loi aussi formelle? Lui-même a cependant des doutes, car il ajoute qu'en fait de mariage, les tribunaux prennent en très-grande considération les circon-

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 92.

stances de la cause; il serait donc possible, dit-il, s'il existait des enfants du mariage attaqué, que la demande en nullité fût rejetée (1). Nous ne comprenons pas ces transactions avec les principes. Si l'article 502 est absolu, comme il paraît l'être, le tribunal doit prononcer la nullité du mariage; en effet le mariage, comme tout acte de l'interdit, sera *nul de droit*, ce qui implique que le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation, qu'il ne peut tenir compte d'aucune circonstance. Il faut donc prendre son parti, ou appliquer l'article 502 dans tous les cas possibles, ou l'écarter, comme ne recevant pas d'application au mariage. Nous croyons que c'est en ce dernier sens que la question doit être décidée.

Le texte de l'article 502 est absolu : *tous actes*. En effet, la loi est générale et, en un certain sens, absolue. Mais il faut voir quels sont ces actes qui sont déclarés *nuls de droit*. C'est demander quel est le but de l'interdiction. L'interdiction n'a qu'un seul objet, c'est d'empêcher que l'aliéné ne dissipe en actes de folie son patrimoine et celui de sa famille; c'est pour sauvegarder la fortune de l'aliéné, pour la conserver à lui et à ses héritiers que les parents sont admis à provoquer l'interdiction. Supposez que l'aliéné ne possède rien, l'interdiction n'a plus de raison d'être. L'aliénation est une maladie; l'aliéné doit être confié aux soins d'un médecin; qu'est-ce que l'interdiction a de commun avec le traitement d'un malade? Il suffit de le placer dans un hospice ou dans un établissement privé; il est inutile de l'interdire. Aussi, de fait, y a-t-il très-peu d'interdictions, bien que le nombre des aliénés soit considérable. Régulièrement donc l'aliéné ne sera pas interdit, et, en ce cas, il pourra se marier. Pourquoi ne le pourrait-il pas s'il est interdit? De ce qu'il a des biens pour la conservation desquels on prend des mesures, faut-il conclure qu'il est privé d'un droit qu'il tient de la nature, droit dont il jouirait s'il n'avait pas de biens? Cela serait très-illogique. Qu'importe après cela que la loi dise que *tous actes* sont nuls de droit? Oui, tous actes qui peuvent

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, n°s 27, 29.

compromettre la fortune de l'interdit; non le mariage, qui n'est pas un contrat pécuniaire, qui est l'union des âmes.

Il y a une autre considération qui nous paraît décisive pour écarter l'article 502. Si on l'applique au mariage, il faut décider que le mariage contracté par l'interdit est *nul de droit*, comme le sont tous les actes passés par l'interdit. Il y aura donc lieu à une action en nullité. Qui l'intentera? dans quel délai? Nous avons un chapitre spécial sur les demandes en nullité de mariage. On y distingue les nullités en absolues et relatives; celles-ci ne peuvent être demandées que par certaines personnes, les autres peuvent être invoquées par toutes personnes intéressées. La nullité du mariage contracté par l'interdit est-elle absolue ou relative? D'après la théorie du code sur les nullités de mariage, il faudrait dire qu'elle est relative, puisqu'elle tient à une incapacité de consentir. Donc il n'y aurait que l'interdit qui pût demander la nullité de son mariage. Mais l'interdit est incapable d'agir, il faut donc que quelqu'un agisse pour lui. Qui agira? En matière de mariage, il est de principe que l'action en nullité n'appartient qu'à ceux auxquels la loi l'accorde. Or, la loi est muette. Il y a donc une action en nullité et on ne sait par qui elle sera intentée! Est-ce par le tuteur? On l'admet, sauf à exiger l'autorisation du conseil de famille (1). Qui ne voit que cela est tout à fait arbitraire? Ce n'est pas interpréter la loi, c'est la faire.

Faut-il appliquer l'article 502 au mariage contracté par l'interdit? Si l'on invoque les principes de l'interdiction pour annuler le mariage de l'interdit, il faut aussi appliquer ces mêmes principes à l'action en nullité. Or, les actes faits par l'interdit étant nuls de droit, ses héritiers peuvent agir. Donc des collatéraux pourront demander la nullité du mariage! La conséquence est logique, mais elle prouve contre le principe d'où elle découle. En effet, le code pose des limites à l'action des collatéraux; il ne leur permet de demander la nullité du mariage que dans les cas où la nullité est absolue, et il indique quels sont ces

(1) Les auteurs ne sont pas d'accord (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 209).

cas; or, l'interdiction n'est pas mentionnée dans le chapitre des nullités. Cela décide la question contre les collatéraux. La cour de cassation l'a jugé ainsi (1), et la question n'est pas douteuse.

Nous voilà dans un singulier embarras! On dit que le mariage de l'interdit est nul en vertu des principes de l'interdiction, et il se trouve qu'il est impossible d'appliquer ces principes à l'action en nullité. Nous aurions donc une action en nullité sans savoir par qui elle peut être intentée. La cour de cassation, tout en rejetant l'action des collatéraux, a décidé que la nullité ne peut être proposée que par les époux, conformément aux articles 180 et 181 (2). Cela est également inadmissible. L'article 180 ne parle pas de l'interdit, il ne parle pas de l'incapacité de consentir; il ne parle que des vices du consentement, de la violence et de l'erreur. On ne peut pas étendre les dispositions de la loi en matière de nullité de mariage. L'arrêt de la cour suprême le dit : « Le mariage tient trop essentiellement à l'ordre social pour avoir été imprudemment livré à toutes les attaques des mauvaises passions; la nullité ne peut être prononcée que sur un texte formel, et *seulement à la requête de ceux que la loi autorise spécialement à invoquer ce texte.* » Où est le texte qui nous apprend par qui peut être demandée la nullité du mariage d'un interdit? Ce n'est certes pas l'article 180.

A vrai dire, il n'y a pas de texte, ni pour établir la nullité, ni pour déterminer les personnes qui peuvent la demander. Comme le dit encore la cour de cassation dans son arrêt de 1844, un chapitre entier est consacré aux demandes en nullité de mariage, et tous les droits y sont prévus. C'est donc dans ce chapitre qu'il faut chercher la solution de la question du mariage de l'interdit.

287. Si l'on écarte l'article 502, il reste à choisir entre deux opinions extrêmes : ou le mariage est valable s'il a été contracté dans un intervalle lucide, ou il est inexistant. Ce dernier système est celui de Marcadé; il le fonde

(1) Arrêt du 9 janvier 1821 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 210).
(2) Arrêt du 12 novembre 1844 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845. 1, 100).

sur l'historique de la rédaction. Le projet déclarait incapable de contracter mariage : l'interdit pour démence ou fureur, les sourds-muets qui ne peuvent manifester leur volonté, et les morts civilement. Après quelques discussions, l'article fut rejeté, sur cette remarque de Cambacérès que les dispositions proposées n'étaient que la conséquence naturelle de la règle générale qui exige le consentement. C'était, dit Marcadé, s'en référer à l'article 146 qui déclare que lorsqu'il n'y a pas de consentement il n'y a pas de mariage, et par conséquent, dans la pensée du conseil d'Etat, le mariage contracté par l'interdit était inexistant, pour nous servir d'un terme énergique qui marque bien l'effet résultant de l'incapacité absolue de consentir. Quand le projet arrêté par le conseil d'Etat fut communiqué au Tribunat, celui-ci proposa de déclarer formellement que « l'interdit pour cause de démence était, en fait de mariage, hors d'état de donner son consentement, lors même qu'il aurait des intervalles lucides. » En conséquence, le Tribunat demanda que l'on ajoutât à l'article 146 un alinéa portant : « L'interdit pour cause de démence ne peut contracter mariage. » Cette proposition ne fut pas accueillie, parce qu'elle ne faisait que reproduire une disposition déjà rejetée comme inutile (1).

Le système de Marcadé doit aussi être écarté, à notre avis. D'abord il est en opposition avec les principes qui régissent l'interdiction. Il suppose que l'interdit est frappé d'une incapacité absolue de consentir, absolue en ce sens que les actes qu'il ferait seraient inexistants. Telle n'est pas la théorie du code ; il se borne à déclarer les actes passés par l'interdit *nuls de droit*, donc simplement annulables. Pour admettre que le mariage de l'interdit est inexistant, il faudrait que la loi l'eût déclaré incapable de contracter mariage, en attachant à cette incapacité cet effet que si l'interdit se mariait, il n'y aurait pas de mariage. Ne faudrait-il pas pour cela un texte formel? L'affirmative nous paraît évidente. La capacité de se marier, comme la capacité de contracter, est la règle ; l'incapacité est l'exception.

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 456, n° 2.

Y a-t-il dans le code civil un texte qui déclare l'interdit incapable de consentir au mariage? Ce n'est pas l'article 502: en supposant même qu'il s'applique au mariage, il en résulterait seulement que le mariage est nul, il n'en résulterait pas qu'il est inexistant. Ce n'est pas l'article 146 : cette disposition suppose l'absence de consentement ou l'incapacité absolue de consentir. Or, l'interdit n'est pas frappé de cette incapacité absolue; il peut consentir s'il a des intervalles lucides. Marcadé invoque la discussion : elle ne dit qu'une chose, c'est que l'on a voulu s'en rapporter à la règle générale qui exige le consentement. Cela veut dire que si celui qui, étant interdit, se marie, est capable de consentir, il y aura mariage; que s'il est incapable de consentir, il n'y aura pas de mariage. Est-il capable ou ne l'est-il pas? C'est une question de fait et non une question de droit, car il n'y a pas de texte qui établit l'incapacité. En supposant même que la discussion dise ce que Marcadé lui fait dire, cela suffirait-il pour frapper l'interdit d'une incapacité absolue? Les incapacités s'établissent par des textes et non par des discussions. Mais la discussion est loin de décider la question. Pour qu'elle fût décisive, il faudrait d'abord que le conseil d'Etat eût admis qu'un mariage est inexistant quand il y a incapacité de consentir. Or, nous l'avons vu, de tous les membres du conseil, un seul, le premier consul, admettait la distinction des actes inexistants et des actes nuls. Tous les autres confondaient la non-existence avec la nullité. C'est dans cet esprit qu'était conçue la disposition du projet que Marcadé invoque, et l'on ne voit pas que le Tribunat ait eu une autre intention en demandant que l'interdit fût déclaré incapable de se marier. En définitive, la discussion nous laisse en présence des textes et des principes. De textes applicables à l'interdit, il n'y en a que deux : l'article 502, qui ne peut pas être invoqué, et l'article 146, qui laisse la question entière au point de vue du droit. Cela nous conduit à un troisième système.

288. L'interdit n'étant pas déclaré incapable de se marier est par cela même capable. Il n'est pas déclaré incapable, puisque l'article 502 ne reçoit pas d'application au

mariage; et tout ce qui résulte de l'article 146, c'est que s'il y a impossibilité absolue de consentir, il n'y a pas de mariage. D'impossibilité naturelle, il n'y en a pas pour l'interdit, lorsqu'il a des intervalles lucides; d'impossibilité légale, il n'y en a pas davantage, puisqu'il n'y a pas de texte qui déclare l'interdit incapable de consentir. On aboutit donc forcément à la conclusion que le mariage de l'interdit est valable s'il l'a contracté dans un intervalle lucide, tandis qu'il est inexistant s'il était en état de démence au moment où il a déclaré consentir. Le mariage de l'interdit peut donc être attaqué comme inexistant, et à ce titre toutes les parties intéressées peuvent l'attaquer. Au point de vue des principes, ce système est très-juridique. L'interdiction ne doit influer que sur le patrimoine de l'interdit. Du reste, la personne interdite est, après le jugement, ce qu'elle était avant : capable de consentir dans les intervalles lucides.

La jurisprudence paraît se prononcer en ce sens. Il a été jugé par la cour de Caen que le mariage contracté par un individu interdit pour cause d'imbécillité et d'idiotisme, avec le consentement de son tuteur et du conseil de famille, est valable. La cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre cet arrêt, et elle a décidé implicitement que l'interdit n'est pas absolument incapable de contracter mariage dans les intervalles lucides (1). Telle est aussi l'opinion de Zachariæ; seulement il exige, pour la validité du mariage, que l'interdit ait le consentement des personnes sous l'autorité desquelles il se trouve placé quant au mariage, c'est-à-dire le consentement de ses ascendants, s'il en a, et celui du conseil de famille, lorsqu'il n'a plus d'ascendants (2). Cela est douteux. On se fonde sur l'article 509, qui porte : « L'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens : les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à la tutelle des interdits. » Cette disposition peut-elle s'appliquer au mariage? Nous croyons, avec M. Demolombe, que c'est au titre du Mariage qu'il

(1) Arrêt du 12 novembre 1844 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 1, 100).
(2) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, § 454, p. 283.



faut chercher les principes qui le régissent, et que l'article 509 est étranger à notre question aussi bien que l'article 502 (1).

On dira que, dans notre opinion, il n'y a aucune disposition applicable à l'interdit. Cela est vrai, mais aussi il n'en fallait aucune, puisque l'interdit reste sous l'empire du droit commun : s'il se marie dans un intervalle lucide, son mariage sera pleinement valable : s'il est en état de démence, le mariage sera inexistant, en vertu de l'article 146. Nous appliquons donc les principes généraux à l'interdit, comme on l'a voulu au conseil d'État. Toutefois, nous avouons qu'il reste quelque doute. Le système auquel nous aboutissons forcément n'est pas de notre goût. M. Demolombe invoque des considérations physiologiques à l'appui de son opinion; ne pourrait-on pas dire, par contre, qu'il faut défendre tout mariage en cas de folie, parce que la folie est une maladie héréditaire? permettre le mariage à l'interdit, n'est-ce pas répandre ce terrible mal, qu'il faudrait arrêter plutôt à sa source? Il ne nous est pas prouvé que telle n'ait pas été l'intention des auteurs du code Napoléon. C'était certainement l'avis de ceux qui formulèrent le projet de code, c'était l'avis du Tribunat; et au sein du conseil d'Etat, pas une voix ne s'éleva en faveur du mariage de l'interdit. Il y a une disposition dans le code qui augmente notre incertitude : aux termes de l'article 174, les collatéraux peuvent former opposition au mariage, en la fondant sur l'état de démence du futur époux; dans ce cas, ils doivent immédiatement provoquer l'interdiction. On s'est prévalu de cette disposition pour décider que l'interdit est incapable de contracter mariage. C'est aller trop loin. L'article 174 ne dit pas cela; mais il implique au moins la pensée que l'interdiction forme un empêchement au mariage. C'est ce que l'orateur du gouvernement qui a exposé les motifs du titre de l'Interdiction, a dit en toutes lettres (2). Cela prouve que le Tribunat

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 189, n° 128. Comparez n° 127, p. 175 et suiv.
(2) Emmery, Exposé des motifs du titre de l'Interdiction (Locré, t. III, p. 472, n° 7).

avait raison de vouloir que la question fût décidée en termes formels. Mais en l'absence d'un texte, il nous paraît impossible d'admettre une incapacité. Nous maintenons donc notre opinion, tout en regrettant que le code n'ait pas décidé la question en sens contraire.

§ II. *Des vices du consentement.*

N° 1. QUELS SONT LES VICES DU CONSENTEMENT EN MATIÈRE DE MARIAGE?

289. L'article 1109 dit « qu'il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. » L'article 1118 ajoute que la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats, ce sont le partage et la vente, ou à l'égard de certaines personnes, ce sont les mineurs (art. 1305). Doit-on appliquer le droit commun au contrat de mariage? Nous avons dit que les principes généraux reçoivent des modifications en matière de mariage, en ce qui regarde les conditions requises pour l'existence du mariage : tels sont les principes qui régissent les formes des actes solennels (1). Nous venons de dire que, pour le mariage de l'interdit, l'incapacité de consentir établie par l'article 502 n'est pas applicable. N'en serait-il pas de même des règles qui concernent les vices du consentement? Il y a une différence radicale entre le mariage et les contrats ordinaires; ceux-ci ont pour objet les choses du monde physique; ils concernent les intérêts pécuniaires des parties contractantes, tandis que le mariage est avant tout l'union des âmes. Le mariage est un contrat, il est vrai, en ce sens qu'il exige un concours de consentement; en réalité, il diffère des contrats de droit commun : quand des âmes s'unissent, peut-on dire qu'elles contractent?

Le mariage et les contrats ordinaires différant dans leur essence, il est impossible qu'ils soient régis par les mêmes principes. Il ne peut être question de lésion, alors même que des mineurs contractent mariage; le mot même

(1) Voyez plus haut, n° 273, p. 345.

de lésion marque un intérêt pécuniaire; dès lors la lésion est étrangère au mariage. La loi a soumis à des conditions spéciales le mineur qui veut se marier; il lui faut le consentement de ses ascendants ou du conseil de famille, et le fils a besoin du consentement de ses ascendants, alors même qu'il est majeur, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans : nouvelle dérogation au droit commun. Si le mineur a obtenu le consentement requis par la loi, son mariage est valable; s'il ne l'a pas, le mariage est nul.

Il y a un autre vice qui annule toujours les contrats et qui n'annule pas le mariage. « Le dol, dit l'article 1116, est une cause de nullité de la convention, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. » Au titre du Mariage, la loi ne mentionne pas le dol parmi les vices qui entraînent la nullité du mariage. Voilà une différence capitale. Quelle en est la raison? Ne peut-il pas y avoir des manœuvres frauduleuses employées par l'une des parties pour porter l'autre à contracter mariage? et s'il est évident, comme le dit l'article 1116, que, sans ces manœuvres, la partie trompée n'aurait pas consenti au mariage, pourquoi la loi ne permet-elle pas d'en demander la nullité? C'est que le législateur a voulu mettre le mariage à l'abri des contestations que feraient naître les espérances déçues, les illusions trompées. « En mariage, trompe qui peut, » dit un vieil adage (1). Le dol aurait servi de prétexte à ces déceptions et l'institution du mariage en eût été ébranlée (2). Cela peut paraître rigoureux, injuste même dans certains cas; mais l'intérêt général domine ici sur l'intérêt particulier. Voilà la différence capitale qui sépare le mariage des contrats ordinaires; dans ceux-ci, ce sont des intérêts privés qui s'agitent, intérêts d'argent qui créent des droits positifs, droits que le législateur doit respecter et sanctionner. Tandis que le mariage est, ou doit du moins être étranger à toute considération intéressée. Ce sont deux

(1) Loysel, *Institutes coutumières*, t. Ier, p. 145, édition de Dupin.

(2) Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 391, note. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 411, n° 255.

âmes qui s'unissent. Leur union, en principe, est indissoluble, et ce n'est que pour des considérations très-graves que la loi peut permettre de l'annuler. Il faut qu'il y ait des causes palpables, en quelque sorte matérielles, sur lesquelles le juge ne puisse pas être trompé, et qui écartent par cela même tout arbitraire. Voilà pourquoi le code civil rejette le dol et n'admet que l'erreur et la violence comme vices du consentement.

N° 2. L'ERREUR.

290. Il y a des controverses interminables sur l'erreur. Ne viennent-elles pas de ce que les interprètes, préoccupés des principes généraux, veulent les appliquer au mariage, qui n'admet pas ces principes? L'article 1110 dit que « l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. » En droit, nous entendons par substance les qualités substantielles des choses. Qu'est-ce que les qualités substantielles? Pothier répond que ce sont les qualités que les contractants ont eu principalement en vue (1). La qualité substantielle ou la substance dépend donc de la volonté des parties, en ce sens que si elles ont principalement en vue une qualité, fût-elle secondaire, elle deviendra substantielle, et si l'erreur tombe sur cette qualité, le contrat est nul. Peut-on appliquer ces principes au mariage? Non, certes; Pothier lui-même va nous le dire; il rejette toute erreur sur les qualités, quelque substantielles qu'on les suppose, et avec raison. Le mariage n'est pas un contrat d'intérêt privé; ce n'est donc pas la volonté des parties qui peut faire que telle qualité devienne substantielle, et par suite une condition requise pour la validité du mariage. C'est le législateur qui décide la question. Il faut donc laisser là les principes généraux sur l'erreur, et voir ce que dit la loi au titre du Mariage.

291. L'article 180 porte que le mariage peut être attaqué lorsqu'il y a *erreur dans la personne*. A s'en tenir aux

(1) Pothier, *Traité des obligations*, n° 18.

termes de la loi, on croirait que l'erreur n'est un vice de consentement que si elle tombe sur l'individu. Il y a une autre interprétation que nous commençons par écarter. On prétend que l'erreur sur l'individu est plus qu'un vice du consentement, qu'elle empêche le consentement de se former; que, par suite, il n'y a pas de consentement, donc pas de mariage. C'est l'article 146, dit-on, qui doit être appliqué à l'erreur sur l'individu, et il en résulte que le mariage est inexistant. L'article 180 ne prévoit que l'erreur qui vicie le consentement et qui rend le mariage simplement nul, c'est-à-dire annulable. Quelle est donc l'erreur dont parle l'article 180? L'erreur sur les qualités.

Cette interprétation s'appuie sur l'autorité du premier consul. Il faut distinguer, dit-il, entre l'erreur sur l'individu physique et l'erreur sur les qualités civiles. « Il n'y a pas de mariage lorsqu'un autre individu est substitué à celui que l'on a consenti d'épouser. Au contraire, il y a mariage, mais mariage susceptible d'être cassé, lorsque l'individu étant d'ailleurs physiquement celui sur lequel le consentement a porté, n'appartient cependant pas à la famille dont il a pris le nom (1). » Marcadé s'est emparé de ces paroles et a soutenu que l'erreur sur l'individu rend le mariage inexistant, parce qu'il n'y a pas de consentement. « Quand, dit-il, à la place de Marie que j'ai vue, que je connais, que je crois épouser, on a amené, devant l'officier de l'état civil, Jeanne, si bien cachée par son voile que je ne m'aperçois pas du changement, il est clair qu'il n'y a pas de consentement. Quand, dans ce cas, je dis que je consens de prendre pour épouse la femme ici présente, c'est à Marie que je pense, c'est de Marie que j'entends parler, c'est sur Marie que ma volonté tombe; et si Jeanne, elle, veut bien me prendre pour mari, moi je ne veux pas la prendre pour femme. Donc alors il n'y a pas concours des deux volontés vers le même but. Dès lors, pas de contrat, pas de mariage (2). »

Le premier consul et Marcadé ont raison, au point de

(1) Séance du 24 frimaire an x, n° 10 (Locré, t. II, p. 362).

(2) Marcadé, t. Ier, p. 463. Cette opinion est suivie par Demolombe, t. III, p. 386, n° 246.

vue des principes généraux de droit. S'il faut appliquer ces principes au mariage, il est certain que l'erreur sur l'individu physique rend le mariage inexistant. Je vous veux vendre le fonds A; vous entendez acheter le fonds B; il y a plus que vice de consentement, il y a absence de consentement. En effet, le fonds A que je veux vous vendre, vous n'entendez pas l'acheter; et le fonds B que vous voulez acheter, je n'entends pas vous le vendre. Nos volontés, loin de concourir, sont discordantes. Dès lors il n'y a pas de consentement, partant pas de vente. La vente est plus que nulle, elle est inexistante. Si l'on applique ces principes au mariage, il faut décider aussi que le mariage sera inexistant par défaut de consentement. Mais la question est précisément de savoir si l'on peut appliquer les principes généraux sur le consentement au mariage. La négative nous paraît évidente. Nous l'avons prouvé pour les qualités substantielles. Nous allons le prouver pour l'erreur sur l'identité de la personne.

L'erreur sur les qualités rentre-t-elle sous l'application de l'article 180? Il suffit de lire l'article pour répondre non; l'article 180 parle de *l'erreur dans la personne*, et Marcadé lui fait dire qu'il parle de l'erreur sur les *qualités*. Est-ce que l'erreur sur les *qualités* est une erreur *dans la personne?* Le bon sens dit non. Et le droit est d'accord avec le bon sens. Il s'agit de savoir, pour le moment, si l'erreur sur l'individu physique est prévue par l'article 180, c'est-à-dire si cette erreur rend le mariage *nul* ou si le mariage doit être réputé *inexistant*. Les auteurs du code, à l'exception du premier consul, étaient tous imbus de l'ancienne doctrine, telle que Pothier l'a formulée au XVIIIe siècle. Or, Pothier ignorait la distinction des actes inexistants et des actes nuls. Il prévoit la même hypothèse que Marcadé a supposée. « Si, dit-il, me proposant d'épouser Marie, et croyant contracter avec Marie et épouser Marie, je promets la foi de mariage à Jeanne qui se fait passer pour Marie, il est évident *qu'il n'y a pas de consentement*, et que le *mariage* que j'ai contracté avec Jeanne est *nul* par défaut de consentement. » Pothier dit comme Marcadé : *il n'y a pas de consentement;*

mais il en tire une autre conséquence. Marcadé dit : *il n'y a pas de mariage;* Pothier dit : le mariage est *nul*, et par là il entend un mariage *annulable*, un mariage qui peut être confirmé, comme il l'explique lui-même (1). Eh bien, cette doctrine de Pothier a passé littéralement dans l'article 180 : les termes sont ceux de Pothier, les principes sont les siens. Donc l'erreur sur la personne n'empêche pas le mariage d'exister, mais elle le rend nul.

Dira-t-on que la distinction que Pothier ignorait a été introduite dans le code, qu'elle est formulée dans l'article 146, et qu'il est impossible que le législateur ait dit dans l'article 180 le contraire de ce qu'il venait de dire dans l'article 146? L'objection aurait quelque valeur si les auteurs du code avaient consacré clairement, et en connaissance de cause, la distinction entre les actes nuls et les actes inexistants. Mais c'est à peine si l'on peut dire que l'article 146 a le sens que la doctrine moderne lui prête. Et en supposant même, comme nous le croyons, que l'article 146 reçoive cette interprétation, il faudrait encore voir si, en matière de mariage, le législateur n'a pas eu raison de déroger à la rigueur du droit. C'est notre avis. La question se réduit à ces termes : il y a erreur sur la personne physique; cette erreur rend-elle le mariage *nul* ou *inexistant?* D'après les principes généraux, le mariage devrait être *inexistant;* nous croyons que le législateur a bien fait de le déclarer seulement *nul*. Il y a, à cet égard, une grande différence entre le mariage et les contrats ordinaires. Quand je vous vends le fonds A et que vous croyez acheter le fonds B, il est évident qu'il n'y a pas de vente; il ne saurait y avoir l'ombre d'un doute sur notre intention, aucun de nous ne veut contracter. Au contraire, quand j'épouse Jeanne alors que je crois épouser Marie, l'une des parties veut contracter; et qui peut savoir si l'autre ne le veut pas? Celui-là seul qui est dans l'erreur. Dès lors, il faut qu'il fasse connaître sa vraie volonté, il faut qu'il déclare s'il s'est trompé ou s'il ne s'est pas trompé. Et il faut qu'il le déclare dans un bref délai.

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, nos 308, 309.

Telle est la théorie consacrée par les articles 180 et 181 du code civil. N'est-elle pas mille fois plus raisonnable que la théorie du mariage inexistant? Quoi! vous avez épousé Jeanne, croyant épouser Marie; cela ne vous empêche pas de cohabiter avec elle pendant des années, et après cela vous viendrez dire : Il n'y a point de mariage! Telle serait, en effet, la conséquence du mariage inexistant. Il y en a une autre tout aussi absurde. Un mariage inexistant peut être attaqué par toute partie intéressée. Donc un collatéral viendra demander que votre mariage soit déclaré inexistant, alors que vous, malgré l'erreur qui vous l'a fait contracter, vous vouliez le maintenir! Pourquoi ne pas permettre à l'époux qui a été dans l'erreur de confirmer son mariage? Cela n'est pas juridique, nous le savons, car on ne confirme pas le néant. Mais si cela n'est pas juridique, cela est moral, ce qui vaut mieux. Ici encore il y a une énorme différence entre le mariage et les autres contrats. Quand une vente est inexistante, il n'en résulte aucun inconvénient; le plus souvent, rien ne se fera en exécution de ce contrat apparent; le vendeur gardera la chose et l'acheteur le prix; car quand le vendeur prétendu voudra livrer la chose, l'autre partie la refusera et refusera également de payer le prix : ce sera, à la lettre, le néant. Les choses se passent bien autrement en fait de mariage; il faut du moins le supposer, pour que la question ait un intérêt pratique. Ecoutons Pothier : « Si, après avoir reconnu l'erreur, je consens à prendre pour femme Jeanne, que j'avais d'abord prise pour Marie, ce consentement réhabilite mon mariage avec cette femme, lequel, avant ce consentement, était nul. Ainsi le mariage de Jacob avec Lia fut réhabilité, lorsque après avoir reconnu que la femme qu'on lui avait donnée, qu'il croyait être Rachel, était Lia, il consentit d'épouser Lia. » Est-ce à dire qu'il faille une nouvelle célébration du mariage? Non, dit Pothier : la bénédiction nuptiale qui a précédé mon consentement suffit. Tels sont aussi les principes du code. Il admet la confirmation du mariage, quand l'époux qui reconnaît son erreur continue à cohabiter avec son conjoint.

292. Notre conclusion est que l'erreur sur la personne physique est prévue par l'article 180. Dès lors, il est impossible d'admettre que cette disposition s'applique à l'erreur sur les qualités. D'après le droit commun, l'erreur sur les qualités substantielles vicie le consentement. Nous avons entendu Pothier. Mais Pothier n'admettait pas ce principe en matière de mariage; il dit, au contraire : « Lorsque l'erreur ne tombe que sur quelque qualité de la personne, cette erreur ne détruit pas le consentement nécessaire pour le mariage, et n'empêche pas par conséquent le mariage d'être valable. » Il en était ainsi, alors même que l'erreur tombait sur les qualités les plus substantielles. Une femme épouse un homme qu'elle croyait jouir de son état civil, et qui est mort civilement par un jugement qui l'a banni à perpétuité du royaume, ou qui l'a condamné à perpétuité aux galères, d'où il s'est évadé. Ne pourrait-on pas assimiler ce cas avec celui où le mariage est contracté par erreur avec un esclave? L'esclave n'est pas une personne, et le mort civilement est dépouillé de sa personnalité par la loi. Néanmoins, dit Pothier, il n'y a ni loi ni canon qui déclare nul le mariage contracté par cette espèce d'erreur; il y a, au contraire, des arrêts qui ont déclaré valide le mariage qu'une femme avait contracté avec un galérien dont elle ignorait l'état. Il n'y avait plus d'esclaves en France au XVIII[e] siècle, mais il y avait encore des serfs dans quelques provinces, assujettis à certaines corvées, frappés de certaines incapacités. Si, dit Pothier, j'épouse une personne de cette condition, que je croyais être de condition franche, mon erreur ne rend pas le mariage nul. J'ai épousé Marie qu je croyais noble, quoiqu'elle soit de la plus basse roture; le mariage ne laisse pas d'être valable, nonobstant mon erreur (1). Dupin, dans le réquisitoire remarquable prononcé sur cette question, insiste, et avec raison, sur la gravité que l'erreur concernant la noblesse avait dans l'ancien régime; c'était un régime aristocratique, le tiers état était presque considéré comme une seconde espèce d'hom-

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n[os] 310-313.

mes; les nobles jouissaient de priviléges qui en faisaient une caste profondément distincte de ce que l'on appelait avec dédain la roture. Il est certain que celui qui était dans l'erreur sur la noblesse de son futur conjoint n'aurait pas contracté mariage, s'il avait connu sa condition. Néanmoins la question de la validité du mariage n'a jamais souffert le moindre doute (1).

On prétend qu'un nouveau principe a été admis par le conseil d'Etat; on cite des paroles du premier consul. Nous pourrions nous contenter de répondre que l'on trouve dans les discussions tout ce que l'on veut, tout ce que l'on y cherche; mais précisément pour cette raison, il ne sera pas inutile de nous y arrêter un instant. Réal, légiste élevé dans les principes de Pothier, remarqua que, selon la jurisprudence, l'erreur ne viciait le mariage que lorsqu'elle portait sur l'individu, et non quand elle tombait sur le nom ou sur les qualités. Le premier consul répondit : « Le nom, les qualités, la fortune entrent dans les motifs qui déterminent le choix d'un époux ou d'une épouse; l'erreur sur ces circonstances détruit donc le consentement, quoiqu'il n'y ait pas d'erreur sur l'individu (2). » Voilà bien la théorie des qualités dans toute son exagération, disons mieux, dans toute sa fausseté; et en même temps on voit à quelles absurdités on aboutirait, si l'on transportait dans le code civil tout ce qui s'est dit au conseil d'Etat. De ce que Napoléon a dit que l'erreur sur la fortune vicie le consentement, faudra-t-il conclure que telle est la doctrine du code? Personne ne l'oserait! Opposons le premier consul à lui-même. Dans une autre séance, passant d'un extrême à l'autre, il rejeta toute erreur sur les qualités, même celles qui constituent ce que l'on appelle la personne civile. « Le nom et les qualités civiles, dit-il, ne font pas la personne. Comment admettre que les qualités civiles aient une influence déterminante sur un acte aussi important que le mariage? C'est par le caractère,

(1) Voyez le réquisitoire de Dupin, dans Dalloz, *Recueil périodique*, 1862, t. Ier, p. 154.
(2) Séance du conseil d'Etat du 26 fructidor an IX, nº 17 (Locré, t. II, p. 316 et suiv.).

c'est par la figure que les époux se conviennent, s'attachent, se choisissent. Que sont, auprès des qualités naturelles, les qualités purement civiles? Elles devaient être d'un grand poids lorsqu'il existait des distinctions de caste; mais aujourd'hui que l'on ne considère plus l'homme qu'en soi et tel qu'il est dans la nature, il serait barbare de détruire un mariage où chacun des époux a connu parfaitement celui auquel il voulait s'unir (1). » Les procès-verbaux dans lesquels nous puisons ces paroles sont d'une sécheresse désespérante; on n'y trouve pas un mot qui dépasse la médiocrité, pas un cri de l'âme, pas un éclair d'esprit. Thibaudeau reproduit le discours du premier consul, avec le coloris, le feu qu'il mettait à tout ce qu'il disait : « Vous n'avez pas même l'idée de l'institution du mariage. Vous traitez cela en hommes d'affaires. La dot n'est que l'accessoire; l'union des corps, l'échange des âmes, voilà le principal! »

Revenons à nos procès-verbaux. Les légistes qui siégeaient au conseil d'Etat étaient tous imbus des principes de l'ancien droit; or, s'il y avait un principe incontesté, c'est que l'erreur sur les qualités, quelles qu'elles fussent, ne viciait pas le consentement. Il n'y avait que l'erreur dans la personne, c'est-à-dire l'erreur sur l'identité, qui fût une cause de nullité. Eh bien, cette expression de l'ancien droit passa dans le code; dira-t-on qu'elle y a un sens tout contraire à celui qu'elle avait dans l'ancien droit, à celui que lui donnaient les membres du conseil d'Etat? Ce qui avait signifié toujours erreur sur l'individu physique, va-t-il signifier tout d'un coup erreur sur les qualités? Il y aurait donc eu un changement radical, alors que le langage restait le même et que les idées étaient les mêmes! Non, si la discussion a un sens certain, c'est que l'on voulait maintenir l'ancienne doctrine, la règle consacrée par une jurisprudence de quinze cents ans. Ce sont les expressions de Cambacérès, c'est l'explication de Portalis. « L'erreur en matière de mariage, dit-il, ne s'entend pas d'une simple erreur sur les qualités, la fortune ou la

(1) Séance du 24 frimaire an x, n° 12 (Locré, t. II, p. 316).

condition de la personne à laquelle on s'unit, mais d'une erreur qui aurait pour objet la personne même (1). » Ecoutons encore Maleville, témoin oculaire comme Portalis : « Après bien des élucubrations, on convint de ne pas entrer dans ces détails, et les choses en sont restées sur le pied des lois anciennes (2) »

Sans doute, on peut citer quelques paroles contraires, on peut citer le rapport du tribun Bouteville qui admet l'erreur sur les qualités morales comme viciant le consentement. Il est temps d'entendre la raison et les principes du droit. On prétend qu'il y a une innovation dans le code, on dit que la vieille jurisprudence était trop matérielle, qu'elle ne considérait que le corps et l'identité physique. Le mariage n'est-il pas avant tout l'union des âmes? Dès lors l'erreur sur l'âme ne doit-elle pas être aussi substantielle que l'erreur sur le corps? Oui, le mariage est l'union des âmes. Est-ce à dire que les illusions n'y jouent aucun rôle? Les âmes ne parviennent à se connaître que lorsque le contact de tous les jours a dissipé l'erreur inévitable où se trouvaient les futurs époux avant d'avoir vécu de la vie commune. C'est par cette communauté de pensées, de sentiments, que les âmes finissent par se fondre, souvent après bien des conflits douloureux. Parfois aussi la fusion ne se fait point. Dira-t-on alors qu'il y a eu erreur, que le consentement a été vicié, que le mariage doit être annulé? Ici nous touchons à l'erreur de droit sur laquelle repose la théorie que nous combattons. Même dans les contrats ordinaires, on n'admet pas l'erreur sur les motifs comme vice de consentement. Vous achetez un livre sur la foi d'un compte rendu qui vous a induit en erreur; il est certain que vous ne l'auriez pas acheté, si vous aviez su que c'était un ouvrage plus que médiocre. Cependant vous ne pouvez pas demander la nullité de la vente. Le législateur ne l'a pas permis, parce que l'erreur sur le mobile de la volonté n'empêche pas qu'il y ait volonté; comme nous sommes des êtres failli-

(1) Exposé des motifs, n° 43 (Locré, t. II, p. 392).
(2) Maleville, *Analyse raisonnée*, t. Ier, p. 196.

bles, il y a presque toujours une part d'erreur dans ce que nous faisons; que deviendraient les relations civiles si l'on pouvait invoquer l'erreur sur les motifs qui nous ont portés à contracter, comme viciant les contrats que nous faisons? Eh bien, le mariage plus que tout autre contrat est influencé par ces erreurs de notre imagination. Que deviendrait-il, que deviendrait la société qui repose sur le mariage, si les illusions perdues devenaient une cause de nullité? Pothier va nous dire que cela serait contraire aux principes les plus élémentaires de droit :

« J'ai épousé Marie, la croyant vertueuse, quoiqu'elle se fût prostituée, ou la croyant de bonne renommée, quoiqu'elle eût été flétrie par justice; le mariage ne laisse pas d'être valable, nonobstant l'erreur dans laquelle j'ai été à son sujet. En vain opposerait-on que je n'eusse pas voulu épouser Marie, si j'eusse su ce que j'ignorais sur son compte; car pour que le mariage que j'ai contracté avec elle soit valable, il n'est pas nécessaire que j'eusse voulu l'épouser, si j'avais eu connaissance de ce que j'ai depuis découvert; il suffit que j'ai effectivement voulu l'épouser. Or, l'erreur en laquelle j'ai été n'empêche pas que je n'aie voulu l'épouser; elle ne détruit pas le consentement que j'ai donné à mon mariage avec Marie.... Il n'est pas de l'essence du mariage que la femme que j'épouse ait les qualités que je crois qu'elle a; il suffit que ce soit celle que j'ai voulu épouser (1). »

Les auteurs qui admettent l'erreur sur les qualités comme viciant le mariage répudient donc, sans s'en douter peut-être, une doctrine juridique qui a toujours été suivie, c'est que l'erreur sur les mobiles qui déterminent notre volonté ne vicie pas le consentement que nous donnons sous l'empire de cette erreur. M. Demolombe, qui s'est fait le défenseur de cette nouveauté, vraie hérésie juridique, avoue que l'application de sa théorie sera nécessairement *très-incertaine* et *très-arbitraire;* il avoue que la décision dépendra des opinions, des sentiments et même des impressions personnelles de chaque interprète.

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 310.

« Je n'hésite pas à le reconnaître, dit-il, cela est vrai! cela est arrivé! » Quoi! le droit devient une question de sentiment! Quoi! l'arbitraire le plus effrayant régnera dans une matière d'où le législateur a voulu bannir tout arbitraire, en ne laissant rien à l'arbitrage du juge! Cela n'effraye pas M. Demolombe, habitué qu'il est à plier le droit sous le fait : « Les tribunaux auront à considérer toutes les circonstances, la position de l'époux trompé, son *caractère personnel*, toute la situation enfin, pour décider en fait si cette erreur a ou n'a pas altéré d'une manière profonde et essentielle son consentement. Et j'attendrais ainsi, pour les résoudre en fait, toutes les hypothèses que l'on pourrait proposer (1). »

Nous n'hésitons pas à le dire : c'est une doctrine déplorable que celle qui abdique devant les faits, et qui réduit le droit à l'arbitraire du juge. Est-ce pour consacrer la toute-puissance des magistrats que les auteurs du code civil ont formulé tout un chapitre sur les demandes en nullité de mariage? En disant que le mariage est nul quand il y a erreur dans la personne, ont-ils voulu que les tribunaux pussent annuler le mariage en se fondant sur le *caractère personnel* de l'époux? Non, évidemment non. Nous disons qu'une pareille doctrine est déplorable; en effet, elle subordonne le droit au fait, elle convie le juge à tout décider d'après les circonstances de la cause. Les tribunaux ne subissent déjà que trop l'influence des faits; il est inutile, disons mieux, il est dangereux de les convier à laisser là les lois, pour ne se guider que d'après des impressions individuelles. Si tel était le pouvoir du juge, à quoi servirait la science du droit?

Craintes chimériques, a-t-on dit. Non, ce n'est pas une chimère. Déjà les tribunaux entrent dans la voie funeste, qu'on veut élargir encore, jusqu'à ce que l'arbitraire envahisse tout. En 1811, la cour de Colmar annula un mariage contracté avec un frère lai d'une communauté supprimée; nous reviendrons sur cet étrange arrêt; en 1860, le tri-

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 400 et 406, nos 451 et 453.

bunal d'Agen cassa à son tour un mariage avec un moine espagnol. En 1868, le tribunal de Chaumont, en vertu de la même théorie, annula un mariage pour cause de grossesse dissimulée de la femme au moment de la célébration. En 1853, le tribunal de Boulogne, posant en règle que le juge avait, en cette matière, un pouvoir souverain d'appréciation, déclara nul un mariage avec une fille adultérine, que l'époux avait crue fille légitime (1). En présence de ces aberrations, ne faut-il pas dire avec la cour de Paris : « L'admission de l'erreur sur les qualités comme cause de nullité, ouvrirait la carrière à des interprétations périlleuses et troublerait profondément la paix des familles. C'est précisément, ajoute l'arrêt, pour éviter ce danger que la loi a déterminé d'une manière spéciale les causes de nullité de mariage, et n'a pas laissé cet engagement sous l'empire des règles générales établies pour les autres contrats (2). »

M. Dupin, dans le réquisitoire que nous avons déjà cité, rapporte un fait, curieux à bien des égards, qui donne une éclatante confirmation aux craintes manifestées par la cour de Paris. Le marquis de... demande la nullité de son mariage, en articulant « que sa femme l'a épousé avec le parti arrêté de ne contracter qu'une union factice et la résolution de ne point appartenir à son époux; qu'elle a froidement refusé l'entrée du lit conjugal. Or, dit l'avocat du demandeur, si M. le marquis eût pu prévoir un pareil procédé, il n'eût certes pas épousé M[lle] Marie... L'ignorance où il a été de cette résolution calculée et préméditée, l'a induit en erreur et a vicié son consentement (3). » Le demandeur s'appuyait sur le droit cano-

(1) Dalloz, *Recueil périodique*, 1853, 3, 56, et la note du même *Recueil*, 1861, 1, 49.

(2) Arrêt du 4 février 1860 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1860, 2, 88).

(3) La cour de Paris a repoussé ce singulier système, par arrêt du 30 décembre 1861. Elle dit très bien que, dans l'espèce, on invoquait non pas l'erreur sur une qualité quelconque, mais l'erreur sur la disposition d'esprit où se trouvait l'un des contractants. Cela prouve, dit très-bien l'arrêt, combien il est nécessaire de maintenir strictement la loi, si l'on veut mettre le mariage à l'abri d'un arbitraire illimité. Sur le pourvoi en cassation, il intervint un arrêt de rejet du 9 février 1863 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1863, 1, 426).

nique; et pour lui donner plus d'autorité, il s'adressa à Rome; un tribunal ecclésiastique déclara le mariage nul, et il ajouta, avec l'audace qui distingue les gens d'église, « que toute décision contraire, de quelque autorité qu'elle émanât, devait être considérée comme non avenue. » Voyez, ajoute Dupin, où tout cela nous conduit (1).

293. Si l'erreur sur les qualités ne vicie pas le mariage, il ne reste comme vice du consentement que *l'erreur dans la personne*, comme dit l'article 180. Mais que faut-il entendre par *personne?* Est-ce la personne physique, ou est-ce aussi la personne civile? Nous avons dit que Pothier ne connaît que l'erreur sur l'identité physique. C'est aussi en ce sens que Portalis explique l'article 180. « Mon intention déclarée, dit-il, était d'épouser telle personne; on me trompe ou je suis trompé par un concours singulier de circonstances, et j'en épouse une autre qui lui est substituée à mon insu et contre mon gré : le mariage est nul. » Telle est également l'interprétation de Maleville; elle a été adoptée par Zachariæ, mais elle est généralement abandonnée aujourd'hui. On étend à la personne civile ce que Pothier dit de la personne physique. Il y aurait erreur sur la personne civile, dit Proudhon, si quelqu'un, à l'aide de faux titres et sur des rapports mensongers, usurpait dans un pays éloigné le nom et l'état d'un homme déterminé et distinctement connu, pour obtenir en mariage une femme qui croirait faire une alliance honorable, tandis que, dans le fait, elle serait abusée par un faussaire et un aventurier. Nous trouvons dans la jurisprudence un exemple singulier d'une erreur pareille qui paraît reproduire l'hypothèse de Proudhon.

Un individu fait prisonnier dans la guerre d'Espagne était en surveillance à Bourges; il prenait le nom de Ferry et se disait colonel et baron. En 1824, il demanda la main de la demoiselle Beauger de Tulles. Il produisit un prétendu acte de baptême, portant qu'il était né à Capoue du baron de Ferry et de Marie Pozzi. L'acte n'était pas légalisé; cela tenait, disait-il, à ce que, proscrit pour

ses opinions, il ne pouvait demander la légalisation. Pour y suppléer, il fit dresser devant le juge de paix un acte de notoriété, dans lequel sept personnes, dont six prisonniers comme lui, attestaient la filiation prétendue de Ferry. Un an après son mariage, il disparut, ayant commis différents faux. Il se trouva que son acte de naissance était fabriqué et que les dépositions des sept témoins étaient également fausses. La cour de Bourges prononça la nullité du mariage, en se fondant sur ce qu'il y avait erreur dans la personne civile (1).

294. Il nous faut voir, avant tout, pourquoi le mot *personne* dans l'article 180 est interprété dans ce sens, qui n'est pas le sens usuel. Si l'on n'entend par personne que l'individu physique, il faut supposer une substitution de personne opérée au moment de la célébration; hypothèse presque chimérique, et si difficile, dit Demolombe, qu'elle ne réussirait pas même au théâtre. Le cas de Jacob, épousant Lia, alors qu'il voulait épouser Rachel, est unique dans l'histoire. Se peut-il que les rédacteurs du code, esprits éminemment positifs et pratiques, n'aient visé qu'une pure abstraction? Cet argument nous touche peu; nous répondrons : Qu'importe? est-il si nécessaire que des mariages soient annulés pour que l'on étende les causes de nullité? Il y a une réponse plus péremptoire à faire : l'erreur sur la personne civile est également une fiction quand on la borne à l'erreur sur la personnalité, comme on le doit, si l'on veut rester dans les termes de l'article 180. La jurisprudence ne nous offre que le cas que nous venons de rapporter; encore peut-on contester qu'il y ait eu en ce cas erreur sur la personne civile; il y avait plutôt erreur sur l'*état* civil, et dans l'opinion commune des auteurs, cette erreur ne vicie pas le consentement. Enfin l'objection s'adresse aussi à l'ancien droit, et elle n'a pas arrêté Pothier, esprit très-positif aussi et très-pratique.

On allègue une autre raison. L'article 181 donne à l'époux induit en erreur un délai de six mois à compter du jour où il a découvert son erreur. Un délai aussi long

(1) Arrêt du 6 août 1827 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 71).

n'est certes pas nécessaire pour découvrir l'erreur sur l'identité physique, elle se découvre immédiatement. Si donc la loi accorde un délai de six mois à l'époux trompé, c'est qu'elle suppose que l'erreur ne se peut pas découvrir de suite, donc une erreur sur la personne civile, laquelle ne peut être constatée qu'après des informations et des recherches. Il y a ici un malentendu : l'article 180 fixe un délai de six mois, non pas pour permettre à l'époux trompé de reconnaître l'erreur, mais pour déterminer le délai après lequel la nullité ne peut plus être demandée; en d'autres termes, il définit la confirmation tacite. L'erreur peut être découverte le jour même du mariage; l'époux aura néanmoins six mois pour agir; mais il devra agir dans ce délai, sinon il sera censé avoir confirmé le mariage, s'il y a eu cohabitation pendant ce délai. Donc l'article 180 n'a rien de commun avec la nature de l'erreur.

Enfin l'on se fonde sur les travaux préparatoires. La cour de cassation avait proposé de substituer les mots *erreur sur l'individu* aux mots *erreur dans la personne*; ce qui limitait la nullité au cas où il y aurait erreur sur l'homme considéré dans l'ordre purement physique. Les auteurs du code n'adoptèrent pas ce changement, ils maintinrent l'expression de *personne*, c'est-à-dire qu'ils considèrent l'homme au point de vue des qualités qui le personnalisent dans l'ordre civil. Cet argument a été invoqué dans un arrêt de la cour de Paris; il serait, en effet, décisif si nous connaissions les raisons pour lesquelles le mot *individu* n'a pas été employé. On ne trouve aucune trace de ces raisons dans les procès-verbaux; dès lors ne peut-on pas dire que le code civil a maintenu l'expression consacrée par la tradition? Pothier l'emploie et il entend par là l'erreur sur la personne physique.

La discussion a été très-confuse. Dupin la caractérise parfaitement. « Ce sont, dit-il, des opinions échangées entre des législateurs qui mettent en avant ou en réplique les idées qui leur viennent instantanément. Dans ces conversations dialoguées, on les voit tour à tour émettre brusquement une idée que bientôt après ils abandonnent,

ramenés qu'ils sont par les objections d'autrui : c'est un va-et-vient perpétuel en sens souvent très-divers. » Que faire au milieu de ces opinions contradictoires? « Il faut, dit Dupin, s'attacher aux résultats, et non pas à tel ou tel fragment qui nous a plu davantage. Il s'agit de démêler l'opinion qui a définitivement prévalu et qui se traduit en un texte de loi, auquel, en fin de cause, tout le monde doit déférer (1). »

Il est très-difficile de préciser l'opinion qui prévalut au conseil d'Etat sur *l'erreur dans la personne*. On peut seulement dire que la plupart des membres admettaient l'erreur sur la *personne civile*. Regnier voulait maintenir la doctrine de Pothier ; il disait « qu'il n'y a réellement erreur sur la personne que lorsqu'on a épousé un individu pour un autre. » Maleville répondit que l'erreur dans la personne était en effet la seule qui viciât le mariage, mais qu'on ne pouvait pas restreindre l'application de cette règle à la personne physique, que la règle avait surtout pour objet la personne sociale. Le premier consul exigeait la complicité de l'époux pour que l'erreur sur la personne civile viciât le mariage. Il revint à plusieurs reprises sur cette idée, mais il ne trouva pas d'accueil au conseil : qu'importe, disait Maleville, et avec raison, que l'époux ait été complice de la tromperie? Si réellement l'autre époux a été trompé, il y a erreur, et l'erreur vicie le consentement (2).

La jurisprudence s'est prononcée pour l'interprétation qui admet l'erreur sur la personne civile. Un arrêt de la cour de Paris dit que le mot *personne* entraîne la pensée d'une individualité civile. Toutefois la cour ajoute une restriction qui nous paraît essentielle : « Il faut que l'erreur porte sur une personnalité complète et soulève une question d'identité (3). » Ainsi limitée, l'erreur sur la personne civile est réellement une erreur *dans la personne*, comme le dit l'article 180. Précisons l'hypothèse. J'ai l'intention

(1) Dupin, Réquisitoire, dans Dalloz, *Recueil périodique*, 1862, 1, 155.
(2) Séance du conseil d'Etat du 24 frimaire an x, n° 12 (Locré, t. II, p. 363).
(3) Arrêt du 4 février 1860 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1860, 2, 88).

d'épouser Marie que je n'ai jamais vue, parce qu'elle est fille de l'ami de mon père et que les deux familles tiennent à une alliance qui perpétue l'affection qui les unit. Une autre Marie se présente devant l'officier de l'état civil, comme étant la fille de Paul avec laquelle j'ai l'intention de m'unir. Il y a erreur sur la personne civile et non sur la personne physique, mais l'erreur sur la personne civile entraîne une erreur sur l'identité. Dès lors, il y a erreur dans la personne, comme le veut l'article 180 (1).

295. Il y a un danger dans la théorie qui admet l'erreur sur la personne civile, c'est qu'on ne l'étende à des *qualités civiles*, sociales. C'est ce qu'ont fait Marcadé et Demolombe. Qu'est-ce, en définitive, disent-ils, que l'erreur sur la personne civile? Une erreur sur certaines qualités. Or, où est la raison pour borner l'erreur à telles ou telles qualités? Dans l'affaire de l'aventurier italien, jugée par la cour de Bourges, il n'y avait réellement erreur que sur l'état civil, un premier venu s'étant dit baron, né d'une famille qui n'existait même pas : il y avait une fausse filiation. Si l'erreur sur la filiation suffit pour vicier le consentement, pourquoi pas toute autre erreur également substantielle? Nous répondons qu'aucune erreur sur les qualités ne vicie le mariage, à moins qu'elle n'ait pour résultat une erreur sur l'identité. Et si l'on demande pourquoi, notre réponse est très-simple et péremptoire : le texte, mis en rapport avec la doctrine traditionnelle, et rien ne prouve que les auteurs du code aient entendu s'en écarter. Nous allons examiner quelques cas dans lesquels la jurisprudence a admis, à tort, suivant nous, qu'il y avait erreur dans la personne alors qu'il y avait seulement erreur sur les qualités.

296. En 1811, un mariage est contracté à Strasbourg par un organiste qui jadis avait été religieux profès. La cour de Colmar l'annula, par les plus étranges motifs. La femme ignorait que son futur fût lié par des vœux incompatibles avec l'état du mariage ; elle n'aurait jamais donné

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, § 462, p. 261 et notes 9 et 10.

son consentement si elle en avait eu connaissance; l'ancien moine profès, en cachant sa condition, obtint donc le consentement de sa future par une espèce de vol et de surprise. Il en est résulté une erreur substantielle, puisque, aux termes de l'article 1110 du code Napoléon, l'erreur est une cause de nullité, lorsque la considération de la personne est la cause principale de la convention (1). La cour n'avait oublié qu'une chose, l'article 180. Y avait-il erreur dans la personne? Telle était la seule question, et l'arrêt n'en dit pas un mot. Cependant les auteurs approuvent cette étrange décision; il y en a même qui vont plus loin et disent que le mariage eût encore été nul, si la femme avait connu la position de l'homme avec lequel elle se mariait, en supposant que sa conscience se fût reveillée plus tard; ce sont les expressions de Dalloz. Ainsi des scrupules de conscience survenus après le mariage, alors qu'il n'y avait aucune erreur, vicieraient le consentement! Voilà les énormités auxquelles les interprètes aboutissent quand ils abandonnent le texte de la loi pour se livrer à leur imagination.

Merlin s'étonne qu'une cour ait pu rendre un pareil arrêt. Cela est d'autant plus étonnant, dit-il, que le défenseur de l'époux avait *pulvérisé* d'avance le système admis par la cour. Y a-t-il erreur dans la personne? demandait l'avocat. Non, certes. En effet, sur quoi porte l'erreur? La femme ignorait que son mari eût été moine profès, c'est-à-dire frère servant, domestique d'une corporation supprimée par la Révolution. Cette erreur ne prouve qu'une chose, c'est que la femme attachait une importance extrême à telle croyance religieuse. Qu'est-ce que ces préjugés ont de commun avec la loi civile? La loi ignore les croyances religieuses et n'en tient aucun compte, puisque à ses yeux le mariage est un contrat purement civil. Qu'importe donc que les époux soient imbus de tel ou tel préjugé religieux? Est-ce que des scrupules de conscience sont des causes de nullité du mariage (2)?

(1) Arrêt du 6 décembre 1811 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 71).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Empêchements de mariage*, § 5, article 1, n° 5.

297. Il y a une cause plus célèbre qui a vivement agité les esprits et qui, après avoir divisé les cours, a fini par recevoir une solution conforme aux vrais principes. Une femme contracte mariage avec un forçat libéré ; elle demande la nullité de son mariage en invoquant l'erreur où elle était sur la condition de son futur, au moment où elle avait donné son consentement. Y avait-il erreur sur la personne civile? Le tribunal de la Seine et la cour de Paris décidèrent qu'il y avait seulement erreur sur les qualités, erreur qui, dans l'espèce, n'entraînait pas d'erreur sur l'identité, partant pas d'erreur sur la personne (1). Sur le pourvoi en cassation, la cour suprême cassa l'arrêt. La doctrine de la cour, dans cette première décision, n'est pas très-claire. Elle admet, avec la cour de Paris, que *l'erreur dans la personne* doit s'entendre non-seulement de l'erreur dans la personne physique, mais encore de l'erreur dans la personne civile. Puis elle dit que la condamnation à une peine afflictive et infamante *diminue* la personne civile du condamné, en le privant d'une partie notable de ses droits civils et civiques. De là elle conclut brusquement qu'il est du devoir des tribunaux d'examiner si, d'après les faits et les circonstances de la cause, l'erreur a porté sur des conditions substantielles, constitutives de la personnalité civile; ce qui constitue une erreur sur la personne et par suite un vice du consentement. Enfin la cour annule l'arrêt de Paris, parce qu'il pose en principe que l'erreur doit porter sur une personnalité complète (2). L'arrêt est une série d'affirmations sans motif aucun. S'il a un sens, c'est que la question d'erreur est une question de circonstances ; d'où suivrait que les tribunaux auraient en cette matière un pouvoir discrétionnaire pour décider quelles sont les conditions substantielles, constitutives de la personnalité. Nous avons repoussé ce système qui plie le droit devant les faits, système que l'on est étonné de voir consacré par une cour qui est la gardienne du droit.

(1) Arrêt de la cour de Paris du 4 février 1860 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1860, I, 88).
(2) Arrêt de la cour de cassation du 11 février 1861 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1861, 1, 56).

L'arrêt de la cour de cassation ne persuada pas la cour d'Orléans à laquelle la cause fut renvoyée; elle jugea, dans le sens de la cour de Paris, qu'il faut une erreur sur la personne, soit physique, soit civile, pour vicier le consentement; que l'erreur dans la personne civile ne doit pas consister dans une simple déception sur les qualités ou les capacités civiles de l'un des conjoints, mais dans un changement de personnalité civile tel, que par suite de cette erreur l'un d'eux ait épousé une personne civile autre que celle qu'il a voulu épouser. La cour invoque le texte et la discussion. Entrant ensuite dans l'examen des faits, l'arrêt dit que la dégradation civique encourue par le forçat n'a pas pour effet de supprimer la personnalité civile inhérente à son individualité; qu'à la vérité, la capacité est diminuée, mais que la personnalité civile subsiste; que de là suit que l'erreur sur cet état d'incapacité relative n'est pas une erreur dans la personne (1).

Nouveau pourvoi. La cour de cassation, chambres réunies, fut appelée à décider cette grave question; elle n'adopta pas l'opinion que la chambre civile avait admise; elle se rallia à la doctrine consacrée par les cours de Paris et d'Orléans, et défendue avec un rare talent par le procureur général Dupin. On reproduisit devant la cour le système dangereux des qualités substantielles qui constituent la personnalité civile. Dupin le repousse au nom du texte et de l'esprit du code; il le repousse au nom du bon sens. Il y a du sel gaulois dans le réquisitoire du spirituel magistrat. Dupin demande ce que c'est que ces qualités substantielles qui constituent une personne civile différente de la personne physique. « Jusqu'ici, dit-il, on avait pu croire que l'homme était un; à présent, on le dédouble; on s'empare d'une moitié de lui-même pour faire le procès à l'autre, et ne pouvant s'attaquer à la personne physique, la seule que la loi ait eue en vue, on s'attaque à ce qu'on appelle idéalement la personne civile. Cette fiction est inadmissible. Non, il n'y a pas deux personnes dans le même

(1) Arrêt de la cour d'Orléans du 6 juillet 1861 (Dalloz, *Recueil*, 1861 2, 132).

individu. Les qualités civiles séparées de la personne physique ne font pas une personne entière. Les qualités sont des abstractions, elles n'ont ni corps ni âme, elles n'ont pas de *moi;* elles ne constituent pas un être à part, un second être. *Essayez de photographier la personne civile!* »

Ce trait allait à l'adresse du système admis par le premier arrêt de la cour de cassation. Dupin ne se borna pas à faire de l'esprit. La chambre civile, ressuscitant une expression romaine, avait dit que la personne du forçat était diminuée. Est-ce que cet amoindrissement de sa capacité a quelque rapport avec les droits et les obligations résultant du mariage? demande le procureur général. Cela empêche-t-il le forçat de remplir les devoirs de fidélité, de secours, d'assistance? Ne peut-il pas entourer sa femme de la protection qu'il lui doit? Ne peut-il pas pourvoir à ses besoins par son travail? Son état de libéré est-il un obstacle à ce que sa femme lui doive obéissance? Le forçat libéré est, il est vrai, frappé de certaines incapacités. Mais la plupart dérivent du code pénal de 1810; on ne peut donc pas les invoquer pour interpréter le code civil de 1802. D'ailleurs concernent-elles le mariage? Voilà toute la question. Cet homme, s'écrie-t-on, ne pourrait être témoin! Eh! qu'importe? est-il de l'essence du mariage que le mari soit capable d'être témoin en justice? Cet homme ne pourrait être tuteur des enfants d'autrui! Soit; ses biens ne seront pas exposés à être grevés d'hypothèque légale!

Nous ne continuons pas cette analyse; on pourrait croire, au ton léger que Dupin prend parfois, qu'il ne tient aucun compte de l'élément moral du débat. Une femme obligée de vivre côte à côte avec un forçat! Il y avait de quoi émouvoir même les vieux magistrats de la cour suprême! Le procureur général raconta par suite de quelle fatalité celui qu'on appelait le forçat avait été entraîné à prendre part, malgré lui, pour ainsi dire, à un assassinat, alors qu'il avait à peine dix-sept ans. Condamné à quinze ans de travaux forcés comme complice, sa peine est commuée presque immédiatement en celle de la reclusion; deux remises successives lui sont accordées;

il sort de la prison à vingt-neuf ans. Sans doute, la délicatesse lui commandait de révéler son malheur autant que son crime à la femme qui allait partager sa destinée. Il ne fit du moins rien pour la tromper. Il eût été facile à sa future d'obtenir des renseignements sur le passé de celui qu'elle choisit comme époux; elle n'en demanda pas; et elle serait peut-être restée dans cette heureuse ignorance si un méchant homme, qui avait mis sa discrétion à trop haut prix pour qu'on pût l'acheter, n'avait eu l'infamie de dénoncer la condamnation du forçat.

La cour de cassation, dans son arrêt définitif, commence par constater le fait si important que le code Napoléon reproduit les principes de l'ancien droit sur l'erreur dans la personne; elle reconnaît, avec la doctrine et la jurisprudence, que l'article 180 ne doit pas être restreint au cas unique de l'erreur provenant d'une substitution frauduleuse de personne au moment de la célébration; elle admet qu'il peut également recevoir son application quand l'erreur porte sur la personne civile, c'est-à-dire quand l'un des époux s'est fait agréer en se présentant comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne, et s'est attribué les conditions d'origine et de filiation qui appartiennent à un autre. Cela écarte déjà le système que Marcadé a mis en avant, que M. Demolombe soutient, et que la cour de cassation avait eu tort de consacrer dans un premier arrêt; elle le repousse formellement dans le second. « Le texte et l'esprit de l'article 180, dit l'arrêt, écartent les erreurs d'une autre nature; ils n'admettent la nullité que pour l'erreur qui porte sur l'identité de la personne et par suite de laquelle l'une des parties a épousé une personne autre que celle à qui elle croyait s'unir. » Ainsi tombent les théories qui imaginent des qualités substantielles constituant une personnalité civile aussi fictive que les raisons sur lesquelles on l'appuie. Nous citons les termes de l'arrêt, ils sont considérables : « La nullité pour erreur dans la personne reste sans extension possible aux simples erreurs sur des conditions ou des qualités de la personne, sur des flétrissures qu'elle aurait subies. » Faisant l'application de ces principes à la cause, la cour

décide « que l'erreur de l'époux qui a ignoré la condamnation à des peines afflictives ou infamantes antérieurement prononcées contre son conjoint, ne vicie pas le consentement; que la privation des droits civils et politiques qui en résulte ne touche en rien à l'identité de la personne, qu'elle ne peut donc motiver une action en nullité du mariage pour erreur dans la personne (1). »

La cour de cassation ne répond pas à une objection qui, au premier abord, paraît décisive. Aux termes de l'article 232, la condamnation de l'un des époux à une peine infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce. Si le législateur brise, en ce cas, le mariage, s'il n'a pas voulu contraindre l'autre époux à vivre avec un infâme, n'est-il pas évident qu'il autorise par cela même la demande en nullité pour cette cause, lorsqu'elle était ignorée de l'autre époux? Duranton insiste beaucoup sur cet argument (2). On l'avait déjà fait valoir lors du premier pourvoi, et l'avocat général y avait fait une réponse péremptoire, ce qui n'empêcha pas la défense de le reproduire lors du second pourvoi; les mauvaises raisons semblent ainsi se perpétuer, et l'on est forcé de réfuter ce qui a été réfuté mille fois. De deux choses l'une, dit M. de Raynal. Si l'article 232 ne parle que d'une condamnation postérieure au mariage, alors le divorce est autorisé, parce que l'époux qui a subi la condamnation a violé les obligations qu'il avait contractées en se mariant; il a, comme le dit Gillet dans son rapport au Tribunat sur le divorce, rompu le contrat en dégradant par sa propre faute son existence civile, et changé la nature de l'association. Dès lors l'autre époux doit avoir le droit de rompre un contrat que le conjoint coupable a déjà brisé. Cette première hypothèse n'a rien de commun avec l'action en nullité, qui suppose une condamnation antérieure au mariage, ignorée de l'époux innocent. Que si l'article 232 s'applique même à une condamnation antérieure, ignorée du conjoint, l'objection devient un argument en faveur de

(1) Arrêt du 24 avril 1862 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1862, 1, 159).
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 49, n° 63.



notre doctrine; car si, en ce cas, c'est le divorce qui est le remède, le mariage était donc valable, et le législateur n'avait pu concevoir la pensée d'autoriser la demande en nullité (1).

298. L'impuissance de l'un des époux, ignorée du conjoint, est-elle une cause de nullité du mariage? Ce qui légitime la controverse sur cette question délicate, c'est que, dans l'ancien droit, l'impuissance était un empêchement dirimant, et on ne distinguait pas entre l'impuissance naturelle et l'impuissance accidentelle. La raison que Pothier donne s'applique, en effet, à l'une et à l'autre hypothèse. « Quoique l'union des corps, dit-il, ne soit pas de l'essence du mariage, néanmoins, comme la procréation des enfants est la fin principale du mariage, il faut, pour être capable de se marier, avoir au moins le pouvoir de parvenir à cette union des corps (2). » Dans cette doctrine, l'impuissance est tout ensemble un empêchement au mariage et une cause de nullité. Tout le monde est d'accord que l'impuissance n'est plus un empêchement au mariage; le silence du code Napoléon suffit pour le décider ainsi. Mais la question de savoir si le mariage contracté peut être annulé pour cause d'impuissance est très controversée. Il faut, avant tout, bien préciser le vrai point de la difficulté.

Si l'impuissance est un vice, il faut dire que c'est un vice essentiel qui rend le mariage plus que nul, qui le rend inexistant. Il est vrai que Pothier la considère seulement comme une cause de nullité, mais son autorité est ici sans valeur parce que, dans l'ancien droit, la distinction des actes inexistants et des actes nuls était ignorée. Zachariæ, qui le premier l'a professée, n'hésite pas à dire que l'impuissance entraîne l'inexistence du mariage (3); et Merlin arrive à la même conclusion, bien qu'il n'emploie pas les termes dont nous nous servons. En fait de mariage, dit-il, il ne faut pas seulement qu'il y ait deux personnes quelconques pour en former la matière, il faut encore que ces

(1) Réquisitoire de M. de Raynal (Dalloz, *Recueil*, 1861, 1, 55 et suiv.).
(2) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, nos 96 et 97.
(3) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 212, note 4, § 451.

deux personnes soient de sexes différents. Si donc un individu qui s'est marié sous le nom de Pierre n'est pas un homme, si un individu qui s'est marié sous le nom de Jeanne n'est pas une femme, il y aura erreur sur la personne. Nous dirions aujourd'hui que le mariage est inexistant. Eh bien, continue Merlin, si un individu, soit par l'effet d'un accident, soit par un égarement de la nature, est privé de l'organe sans lequel on ne peut pas être homme, n'y aura-t-il pas également, de la part de la femme qu'il aura épousée, erreur dans sa personne, c'est-à-dire mariage inexistant? Vainement dirait-on qu'il y a seulement erreur sur la qualité; Merlin répond que c'est une qualité qui métamorphose le prétendu mari en un être tout différent. C'est dire énergiquement qu'il n'y a pas d'homme, donc il n'y a pas de mariage (1).

Nous croyons que l'impuissance n'est pas une cause d'inexistence du mariage. Le code civil ne détermine pas les conditions requises pour que le mariage existe; la question doit donc se décider d'après les principes généraux de droit. Nous avons admis, avec Zachariæ, qu'il faut un homme et une femme pour qu'il y ait mariage. Ce point est un de ceux que l'on ne discute point. Peut-on dire que l'homme n'est pas un homme, que la femme n'est pas une femme, quand ils sont impuissants? Non, Merlin l'avoue; l'impuissance est l'absence d'une qualité. Qu'on la dise aussi essentielle que l'on voudra, toujours est-il que l'erreur porte sur une qualité; dès lors il y aura, si l'on veut, erreur dans la personne, comme le dit l'article 180, mais cette erreur est seulement une cause de nullité. La doctrine de Pothier nous conduit au même résultat. Il dit que « l'union des corps n'est pas précisément et absolument de l'essence du mariage. » Cela décide la question. Nous disons aujourd'hui avec le premier consul que le mariage est l'union des âmes; cette union-là peut exister malgré l'impuissance, comme elle peut exister malgré la stérilité, comme elle peut exister malgré le grand âge des futurs époux.

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Impuissance*, n° 2.

Il faut donc écarter la doctrine de Zachariæ et dire, avec Pothier et Merlin, que l'impuissance est une cause de nullité. Au point de vue théorique, cela peut très-bien se soutenir, et les noms que nous venons de citer suffisent pour que l'on prenne leur opinion au sérieux. Mais la question n'est pas une difficulté de théorie, c'est une difficulté de texte. En fait de mariage, il n'y a pas de nullité sans loi. Y a-t-il une loi que l'on puisse appliquer à l'impuissance? Merlin invoque l'article 180; c'est dire que l'erreur du conjoint qui a épousé un impuissant est une *erreur dans la personne*. Mais l'erreur n'est évidemment pas une erreur sur l'identité, ni physique ni morale; c'est une erreur sur la qualité. Quelque grave qu'elle soit, en droit elle n'a pas plus d'importance que toute autre erreur qui n'influe pas sur l'identité du conjoint. Cela décide la question. Après la longue discussion à laquelle nous venons de nous livrer, il est inutile d'insister. L'erreur sur les qualités, quelque substantielles qu'on les suppose, ne vicie jamais le consentement. L'impuissance n'est donc pas une cause de nullité du mariage, pas plus qu'une cause d'inexistence.

Puisque la question doit être décidée par le texte du code, il nous faut dire un mot d'une objection qui invoque l'article 312. La loi permet au mari de désavouer l'enfant né de sa femme, s'il prouve qu'il était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec elle, par l'effet de quelque accident, à l'époque de la conception. L'article 313 ajoute que le mari ne peut pas désavouer l'enfant en alléguant son impuissance naturelle. De là on conclut que l'impuissance, au moins quand elle est accidentelle, doit être admise comme cause de nullité du mariage. Si la loi permet au mari de désavouer l'enfant de sa femme, en prouvant l'impossibilité physique où il était de cohabiter avec elle, comment supposer qu'elle veuille maintenir le mariage, malgré l'impossibilité physique de la cohabitation de la part de cet époux? Ne serait-ce pas dire que la loi entend faire subsister un mariage, en donnant au mari le droit de désavouer tous les enfants qui naîtront de sa femme? Ne serait-ce pas forcer l'un des époux à chercher

ailleurs des jouissances qu'il ne trouve pas chez lui? Peut-on supposer au législateur des pensées aussi immorales (1)?

Cette habile argumentation prévalut devant la cour de Trèves, mais la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire (2). L'article 312 statue sur une hypothèse toute différente de la nôtre. Quand une femme donne le jour à un enfant, alors que son mari était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec elle lors de la conception, elle est coupable d'adultère; le mari doit avoir le droit de désavouer un enfant adultérin qui viendrait usurper son nom. Au contraire, quand l'un des époux demande la nullité du mariage, il y a à examiner s'il y avait erreur dans la personne ou seulement erreur sur une qualité; il n'y a pas de crime en cause, il y a seulement l'intérêt d'un époux trompé dans son attente. Le législateur n'admet pas ces déceptions comme cause de nullité, parce qu'il y a un intérêt qui domine celui du conjoint, l'intérêt de la société. Quand c'est l'impuissance qui est invoquée comme vice du consentement, il y a un motif particulier qui à lui seul justifie le silence du législateur, c'est le scandale auquel donnent lieu ces procédures. Il faut éviter ces débats honteux, parce qu'ils blessent la moralité. Cela est si vrai qu'il est à peine possible de traiter ces matières, même dans un ouvrage scientifique. On lit dans l'article que le *Répertoire* de Merlin consacre à l'*impuissance*, que le jurisconsulte doit être chaste et pur comme la loi; l'auteur y met toute la réserve possible, et cependant les détails dans lesquels il entre soulèvent le cœur. Que serait-ce des débats judiciaires? M. Demolombe, conséquent à sa théorie des qualités substantielles, admet l'impuissance comme cause de nullité du mariage. Mais il faut la prouver. Comment fera-t-on cette preuve? Par un congrès, comme au bon vieux temps où régnait le droit canonique? Non, on visitera le conjoint impuissant. Et s'il refuse de

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Impuissance*, n° 1.
(2) Voyez les arrêts des cours de Gênes et de Riom, dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n°s 76, 77. Il faut ajouter un arrêt de la cour de Toulouse du 10 mars 1858 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1859, 2, 40).

se laisser visiter? On emploiera la force. Est-ce que la justice ne dispose pas des gendarmes? Les gendarmes faisant violence à une femme pour la forcer à se laisser visiter par les hommes de l'art! Nous croyions que la torture était abolie (1).

N° 3. LA VIOLENCE.

299. L'article 180 porte que le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des époux peut être attaqué par celui dont le consentement n'a pas été libre. C'est le vice de violence. La violence, comme Pothier l'explique très-bien, n'empêche pas qu'il n'y ait consentement. Celui qui fait quelque chose par contrainte consent, quelque grande que soit la violence qu'on emploie pour l'y contraindre; car il s'y détermine par un acte réfléchi de sa volonté. Il préfère de faire ce qu'on le contraint de faire, plutôt que de s'exposer au mal dont on le menace; il veut donc le faire; de deux maux, il choisit le moindre. Pothier applique ce principe au mariage. Celui qui contracte un mariage par contrainte donne une espèce de consentement, mais ce consentement est vicié; en effet, le vrai consentement suppose la liberté. Le consentement que l'on donne sous l'empire de la violence est donc un consentement imparfait, et par suite le mariage est nul (2).

Il suit de là que la violence est seulement une cause de nullité du mariage; elle n'entraîne pas l'inexistence du mariage. Le premier consul a soutenu, au conseil d'Etat, que la violence pouvait rendre le mariage nul ou inexistant, selon les circonstances. Quand la violence, dit-il, a amené la personne violentée devant l'officier de l'état civil, et qu'elle déclare consentir, il y a une apparence de mariage que la cassation doit détruire. Dans tous les autres cas de violence, il n'y a pas même de mariage. Le premier consul suppose que la violence continue jusque devant l'officier de l'état civil, que c'est par la force que

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 410, n° 254.
(2) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 315.

l'on amène l'époux violenté devant l'officier public, et que c'est par la force qu'on lui arrache son consentement. Il faut encore supposer, ajouta Tronchet, que l'officier public lui-même est violenté; alors n'y ayant pas de consentement, il n'y a pas de mariage (1). En d'autres termes, la violence physique, au moment où le consentement est donné, fait qu'il n'y a pas de consentement. Dans les contrats ordinaires, cela peut se soutenir. Si l'on force ma main à tracer les caractères qui constituent ma signature, il est évident que je ne consens pas, et qu'en réalité le contrat sera inexistant. Mais ces principes reçoivent-ils une application au mariage? Nous en doutons. Les futurs époux doivent faire une déclaration verbale, prononcer un oui ou un non. Dès lors celui qui prononce un oui fait acte de volonté; il choisit entre deux maux le moindre, partant il consent et il y a mariage, mariage nul, cela va sans dire, mais mariage. On appliquera donc les principes qui régissent l'action en nullité, et non les principes sur le mariage inexistant.

300. Dans l'ancien droit, le rapt était régi par des règles particulières. Justinien décida que celui qui avait ravi une femme ne pourrait jamais se marier avec elle. Innocent III corrigea cette rigueur excessive, en permettant à la personne ravie de contracter mariage avec le ravisseur, si elle s'y déterminait librement. Pour assurer sa liberté, le concile de Trente exigea que la personne ravie fût mise hors de la puissance du ravisseur. La déclaration de 1639 est conçue dans le même sens (2). Dans le projet de code, il y avait une disposition analogue : « Il n'y a pas de consentement s'il y a eu rapt, à moins que le consentement n'ait été donné par la personne après qu'elle a recouvré sa pleine liberté. » Cet article fut retranché comme inutile, les principes posés par le code suffisant pour décider la question. Si la personne ravie a recouvré sa liberté au moment où elle consent, son mariage sera pleinement valable. Que si elle est encore sous l'empire

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 vendémiaire an x, n° 38 (Locré, t. II, p. 330).
(2) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n°s 227 et suiv.

de la violence, il y a lieu d'appliquer l'article 180 ; le mariage est nul. Le projet semblait dire que le mariage était plus que nul, qu'il n'y avait pas de consentement, donc pas de mariage. Mais il ne faut pas prendre au pied de la lettre les expressions dont les rédacteurs du code se sont servis en cette matière, car ils ignoraient la distinction des actes inexistants et des actes civils. Il faut donc décider la question d'après les principes. Or, les principes ne laissent pas de doute. Le code ne parle pas du rapt; dès lors la violence par rapt reste dans le droit commun, c'est-à-dire qu'il est une cause de nullité comme toute autre violence,

301. Dans l'ancien droit, on admettait un *rapt de séduction*. On entendait par là les mauvaises voies et les coupables artifices par lesquels on engageait une jeune personne à consentir à un mariage. Bien qu'il n'y ait aucune violence dans la séduction, on la regardait comme une espèce de rapt, et on l'appelait *rapt de séduction*. La séduction se présumait de droit lorsqu'un mineur se mariait sans le consentement de ses père et mère, tuteur ou curateur (1). On demande si le rapt de séduction existe encore dans notre droit civil. La question fut agitée un conseil d'Etat. Portalis remarqua que la disposition de l'ancien droit était inutile. Elle avait pour but de garantir les familles contre les entreprises d'un aventurier. Eh bien, nous avons un remède énergique contre ce danger, c'est la nécessité du consentement des ascendants et, s'il y a lieu, de la famille. Le refus de consentir suffit pour annuler le mariage. Que si la future est majeure, elle est régie par le droit commun ; si elle cède à des séductions, à de mauvais artifices, comme dit Pothier, le consentement qu'elle donne n'en est pas moins valable. En effet, qu'est-ce que ces artifices, sinon les manœuvres que nous appelons dol? Or, le dol ne vicie pas le consentement en fait de mariage. Dès lors il ne peut plus être question d'un rapt de séduction. C'est l'opinion commune des auteurs (2).

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n°s 228, 229.
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 56.

302. Un seul auteur a reproduit la doctrine de l'ancien droit, sous une nouvelle forme et en lui donnant encore une plus grande extension. Marcadé, comparant l'article 180 avec l'article 1109, remarque qu'au titre du Mariage la loi ne se sert pas du mot de *violence;* elle permet d'annuler le mariage dès que le consentement n'a *pas été libre*, ce qui implique que le mariage peut être annulé, alors même qu'il n'y aurait pas violence proprement dite. Même différence de rédaction entre les articles 181 et 1304; celui-ci fait courir le délai à partir du jour *où la violence a cessé*, tandis que le premier le fait courir du jour où l'époux *a acquis sa pleine liberté*. Supposons, dit Marcadé, qu'un jeune homme de vingt et un ans, qui n'a plus d'ascendants, se laisse séduire par une courtisane habile qui exploite son aveugle passion pour exiger le mariage. Il y a consentement, mais ce consentement n'est pas donné avec pleine liberté. Si ce jeune homme, désabusé, veut sortir de l'abîme dans lequel l'a jeté son inexpérience, s'il demande la nullité de son mariage, le repoussera-t-on parce qu'il n'y a pas eu violence? Ce serait pousser le malheureux à contracter des liaisons adultérines ou le condamner à un célibat perpétuel (1).

Cette théorie de la violence n'a pas trouvé faveur, pas plus que celle du même auteur sur le dol (2). Si nous la mentionnons, c'est pour donner à nos jeunes lecteurs le dégoût du verbiage juridique et des nouveautés téméraires. Y a-t-il une différence entre le consentement qui n'est pas libre et le consentement extorqué par la violence? Depuis que l'on écrit sur le droit, on enseigne précisément que le consentement doit être libre, et qu'il n'est pas libre quand il a été donné sous l'empire de la contraite. Un consentement qui n'est pas libre est donc un consentement vicié par la violence. Nous demandera-t-on pourquoi le législateur ne s'est pas servi du mot de *violence?* Par une raison très-simple. C'est qu'il y a deux espèces de violence, la violence matérielle consistant en

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 460, n° 1.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 395, n° 250.

mauvais traitements et la violence morale consistant en menaces; c'est cette dernière qui est la seule, pour ainsi dire, que l'on emploie en fait de mariage; pour la comprendre dans la disposition de la loi, les auteurs du code ont employé l'expression la plus générale. Cela était inutile, puisque le mot de *violence* a un sens consacré par une tradition séculaire, mais enfin telle est l'intention du législateur. Le projet de l'article 180 portait : *dont le consentement a été forcé*. On proposa de dire : *dont le consentement n'a pas été libre*. Quelle est la raison de ce changement? Le Tribunat nous le dit : « On pense que ce *léger* changement rendra mieux la *pensée* tout entière de la loi, vu que la disposition s'appliquera dès lors beaucoup *plus clairement* au défaut de *liberté morale* comme au défaut de *liberté physique* (1). » Il ne s'agissait donc pas d'un changement de système, d'une innovation; on voulait seulement rendre la loi plus claire, en marquant par la rédaction nouvelle qu'elle s'appliquait à la violence *morale* comme à la violence physique.

Voilà pour les textes. Quant aux principes, la théorie imaginée par Marcadé confond les notions les plus élémentaires de droit. La séduction n'est jamais une violence; si on l'appelait *rapt* dans l'ancien droit, c'est que les mineurs étaient en quelque sorte ravis à leurs parents par le séducteur. Mais quant à celui-là même qui est séduit, les artifices dont on a usé n'ont pas détruit sa liberté, ils ont aveuglé sa raison. S'il consent au mariage, c'est par de mauvais mobiles, mais ces mobiles, loin de détruire sa volonté, la déterminent. Il veut plus fortement, il veut avec une force telle, qu'il n'écoute plus la raison. C'est une espèce de folie, mais une folie qui n'est pas un vice du consentement. Dit-on de celui qui est fou qu'il n'est pas libre? On ne peut pas le dire davantage du jeune homme que sa passion aveugle.

Que dire de la singulière morale de Marcadé? Quoi! Votre jeune homme commence par assouvir sa passion, puis quand il est rassasié, il faut que la justice brise le

(1) Observations de la section de législation du Tribunat, n° 15 (Locré, t. II, p. 369).

lien qu'il avait formé pour la contenter, il faut qu'elle l'aide à satisfaire une passion nouvelle. Sinon, ce malheureux sera contraint de se livrer à des amours adultérins, à moins que par un sublime héroïsme il ne se condamne à un célibat perpétuel! La justice ne pourrait-elle pas lui répondre : « Vous avez une femme légitime, vous l'aimiez à ce point que pour la posséder vous avez bravé toutes les convenances. En l'épousant, vous saviez que c'était une courtisane; vous vous êtes engagé à l'élever à vous; vous avez charge d'âme, remplissez-la, mais ne demandez pas que nous vous dégagions des obligations que vous avez contractées. La morale que vous invoquez exige, avant tout, que l'on soit fidèle à son devoir! »

303. Le code ne dit pas quels doivent être les caractères de la violence pour qu'elle vicie le consentement. Lorsqu'elle est physique, c'est évidemment une question de fait. Quant à la violence morale, le code en parle au titre des Obligations et il trace quelques règles qui la caractérisent. On demande si les articles 1111-1114 sont applicables au mariage. La plupart des auteurs sont d'avis qu'on doit les appliquer, et que si un tribunal décidait qu'il n'y a pas lieu à en faire l'application au mariage, son jugement serait sujet à cassation. Nous avons dit plus d'une fois qu'il y a une profonde différence entre le contrat de mariage et les autres contrats; le premier consul l'a formulée en disant que le mariage est l'union des âmes, tandis que les contrats se font par des motifs d'intérêt pécuniaire. De là suit que les principes généraux ne peuvent s'appliquer au mariage qu'avec des modifications. C'est bien pour cela que le code civil a un chapitre spécial sur les causes de nullité. Il suffit de lire les articles 1111 et suivants pour se convaincre qu'ils n'ont aucun rapport avec le mariage.

Aux termes de l'article 1111, la violence exercée contre celui *qui a contracté l'obligation* est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui *au profit duquel la convention a été faite*(1). La loi suppose,

(1) Demolombe, t. III, p. 191 et suiv., n° 248. Duranton, t. II, p. 36 et s., n°s 44-46, 48, 49.

ce qui est élémentaire, un créancier et un débiteur. Peut-on parler de créancier et de débiteur, en fait de mariage? Quel est celui des époux au profit duquel la convention est faite? Les termes mêmes du texte résistent à toute application au mariage. Est-ce à dire que la violence doive être exercée par le conjoint pour être une cause de nullité? Non certes, mais nous n'avons pas besoin de l'article 1111 pour le décider ainsi; le bon sens et le silence de l'article 180 suffisent. Peu importe, en effet, qui exerce la violence; il suffit qu'elle existe pour que le consentement soit vicié. Aussi l'article 180 ne distingue pas, ce qui décide la question.

L'article 1112 dit « qu'il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou *sa fortune* à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes. » Est-ce que cela n'est pas vrai aussi pour le mariage? dit-on. Quoi, on écouterait un vieillard de soixante et dix ans, venant demander la nullité de son mariage parce qu'il aurait été violenté! La disposition de l'article 1112 a cependant été faite pour ceux dont l'âge affaiblit la force de volonté. Ecouterait-on davantage celui qui viendrait dire qu'il a craint d'*exposer sa fortune* à un mal considérable, s'il ne se mariait pas? Cela ne se conçoit même pas en fait de mariage; et si cela se concevait, on renverrait le plaignant en lui disant que le mariage est l'union des âmes. Nous demandera-t-on quand il y aura violence, viciant le consentement des conjoints? Le texte de 180 répond à la question : quand le consentement n'a pas été libre. Question de fait, comme l'avouent ceux-là mêmes qui disent qu'il y a lieu d'appliquer l'article 1112.

L'article 1113 porte : « La violence est une cause de nullité du contrat, non-seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son *époux* ou sur son *épouse*, sur ses *descendants* ou ses *ascendants*. » Est-ce que le législateur a songé au mariage en écrivant cette disposition? Sur trois cas qu'elle prévoit, il y en a deux qui ne regardent pas la jeune fille

que l'on a forcée d'épouser l'homme qu'elle n'aime point. Et le troisième lui est-il applicable? C'est précisément un ascendant, c'est le père qui a contraint sa volonté. Conçoit-on une violence exercée sur le père pour contraindre la fille à se marier? Il faudrait imaginer un roman pour trouver des circonstances dans lesquelles l'article 1113 pourrait recevoir son application.

Reste l'article 1114 : « La seule crainte révérencielle envers le père, la mère ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat. » Voilà la seule disposition qui soit de nature à pouvoir être appliquée au mariage. Le juge le pourra faire, par analogie, parce qu'il y a même raison de décider. Mais l'article 1114 n'existerait pas, que les magistrats doués d'un peu de bon sens auraient néanmoins décidé qu'il n'y a pas de vice de violence là où « il n'y a pas eu de violence exercée. » C'est presque une niaiserie de le dire.

§ III. *Des promesses de mariage.*

304. Les promesses de mariage étaient très-usitées dans l'ancien droit, sous le nom de fiançailles. Pothier dit que le mariage a coutume d'être précédé de fiançailles, bien que cela ne soit pas de nécessité. Il définit les *fiançailles* « une convention par laquelle un homme et une femme se promettent réciproquement qu'ils contracteront mariage ensemble. » Quel était l'effet de cette promesse? était-elle obligatoire en ce sens que les fiancés pouvaient être forcés de consentir au mariage? Les termes mêmes de la question impliquent qu'elle doit être décidée négativement; le consentement, en fait de mariage, ne se donnant que lors de la célébration, et ce consentement devant être libre, une convention antérieure qui détruirait cette liberté serait essentiellement nulle. Aussi les fiançailles n'étaient-elles pas obligatoires en ce sens; elles ne produisaient qu'un engagement moral. C'était le juge d'église, l'official qui connaissait des fiançailles. Si elles avaient été valablement contractées, l'official exhortait la partie à accomplir son engagement, mais il ne pouvait la condamner à l'exé-

cution ni l'y contraindre par censures ecclésiastiques. Si la partie persistait dans son refus, l'official prononçait la dissolution des fiançailles en lui imposant une pénitence pour son manque de foi, c'est-à-dire quelques prières ou une légère aumône. Sans doute, dit Pothier, celui qui refuse de tenir sa promesse manque à la foi donnée et reçue ; mais on doit tolérer ce manque de foi comme un moindre mal, pour éviter de plus grands maux que pourrait occasionner un mariage qui serait contracté par contrainte (1).

L'on admettait encore, dans l'ancien droit, que les fiançailles, en cas de non-exécution, donnaient lieu à des dommages-intérêts. Comme la promesse de mariage était valable, on appliquait le principe formulé par l'article 1142 du code Napoléon, que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. Mais il y avait un danger dans cette doctrine. Dans les contrats ordinaires, tout étant une question d'argent, on conçoit que le débiteur soit condamné à des dommages-intérêts ; c'est un moyen légitime de le forcer à tenir son engagement. Mais les fiançailles, bien qu'étant valables, ne devaient pas contraindre la volonté des fiancés. Il fallait donc veiller à ce que la condamnation aux dommages-intérêts ne devînt pas une contrainte indirecte.

Il était d'usage que les fiancés se donnassent réciproquement des arrhes. Celle des parties qui, sans aucun juste sujet, refusait d'accomplir son engagement, devait rendre à l'autre les arrhes qu'elle avait reçues et perdre celles qu'elle avait données. Mais Pothier ajoute cette restriction : pourvu qu'elles ne soient pas trop considérables, eu égard à la qualité et aux facultés des parties. Quelle est la raison de cette réserve ? Lorsque les arrhes excédaient de beaucoup la somme à laquelle s'élevaient les dommages-intérêts résultant de l'inexécution des promesses, on permettait à la partie qui se dédisait, fût-ce sans juste motif, de répéter les arrhes qu'elle avait données, sous la déduction seulement de la somme que le juge fixait pour

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, nos 23 et 51.

dommages-intérêts réels résultant de l'inexécution de la promesse de mariage. La raison en est, dit Pothier, qu'il est d'une extrême importance pour le bien de la société civile que les mariages soient parfaitement libres; une partie ne doit donc pas être mise dans la nécessité de contracter un mariage contre son gré, par la crainte de souffrir une trop grosse perte, si elle refusait d'accomplir la promesse de mariage pour l'exécution de laquelle elle avait donné des arrhes trop considérables. On appliquait le même principe aux clauses pénales que les fiancés stipulaient, afin d'assurer l'exécution de leurs promesses. Les tribunaux n'y avaient aucun égard, dit Pothier, lorsque la somme ou la chose promise excédait ce qui pouvait être dû pour les dommages et intérêts (1). Dans notre ancien droit belgique, on allait plus loin; la clause pénale était nulle, bien que la promesse de mariage fût licite (2). Cela n'est pas contradictoire; le code civil admet aussi que la clause pénale peut être nulle, quoique l'obligation principale soit valable (art. 1227). Dans l'espèce, la peine était nulle parce qu'elle compromettait la liberté du mariage, qui est d'ordre public, tandis que la simple promesse laissait aux fiancés toute leur liberté.

Que la clause pénale fût considérée comme nulle ou comme valable, cela importait peu, après tout. Il y avait toujours lieu à dommages et intérêts. Pothier nous dit quelles étaient les règles d'après lesquelles le juge en évaluait le montant. Les dépenses que les recherches de mariage ont occasionnées, dit-il, la perte de temps qu'elles ont causée à celui qui se plaint de l'inexécution des fiançailles, sont les objets les plus ordinaires de ces dommages et intérêts. L'affront que souffre la partie à qui on a manqué de foi y peut aussi quelquefois entrer, ajoute Pothier, s'il y a lieu à craindre qu'il ne nuise à son établissement avec un autre (3).

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, nos 43 et 44.

(2) De Ghewiet cite un arrêt du conseil de Flandre et un jugement des échevins de Tournai qui l'ont décidé ainsi (*Institutions au droit belgique*, 1re partie, titre II, § 16, article 14).

(3) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, no 53

305. Les détails dans lesquels nous sommes entré sur l'ancien droit décident d'avance la question, vivement controversée, de savoir si, sous l'empire du code Napoléon, les promesses de mariage sont valables, si les clauses pénales le sont, et s'il y a lieu à des dommages et intérêts. On sait que les fiançailles ne sont plus usitées, ce qui n'empêche pas les promesses de mariage d'être très-fréquentes, comme on le voit par le nombre considérable d'arrêts rendus sur cette matière. Toullier enseigne que les promesses de mariage sont valables (1). Il défend très-bien sa thèse, quoique, d'après nous, elle soit insoutenable. Le code ne dit rien des promesses de mariage ni de l'effet des clauses pénales qui y seraient ajoutées. Il en résulte, dit Toullier, que ces questions doivent être décidées suivant les principes généraux qu'il a établis. Ces principes sont élémentaires Toute obligation de faire, dit l'article 1142, se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution. Telle est la règle générale. Les promesses de mariage sont une obligation de faire, donc elles sont réglées par la disposition que nous venons de citer ; car la loi est générale, elle emploie les expressions les plus étendues que l'on puisse employer : *toute obligation de faire.* Est-il nécessaire d'ajouter que le mot *faire*, dans le langage juridique, comprend toute espèce d'action? Les jurisconsultes romains le disent, et cela ne fait aucun doute. Dès lors la question est décidée. Pour que les promesses de mariage ne fussent pas réglées par le principe général de l'article 1142, il faudrait une exception positive ; or, elle ne se trouve pas dans le code, et les juges ne peuvent la suppléer sous aucun prétexte, car c'est un axiome que les exceptions qui ne sont pas dans la loi ne doivent pas être suppléées.

L'argument paraît irrésistible, et il a fait impression sur un esprit très-logique. Merlin se prononce, sans hésiter, pour l'opinion de Toullier. La cour de cassation l'avait cependant réprouvée, au moment où Toullier écrivait ; mais Merlin ne doute pas que les raisons données par

(1) Toullier, *Le droit civil français*, t. VI, nos 293-303, p. 305 et suiv.

Toullier ne finissent par triompher. Il défie presque ses adversaires d'y répondre. « Oserait-on bien, s'écrie-t-il, mettre en thèse que les promesses de mariage sont réprouvées par le code civil? Oserait-on bien tirer du silence du code civil sur ces promesses, une autre conséquence, si ce n'est qu'il ne les assujettit pas à des règles spéciales et qu'il les laisse sous l'empire commun des contrats (1)? » Voilà un exemple frappant de la confusion que nous ne cessons de signaler, confusion qui tend à appliquer au mariage les principes du droit commun. Au défi de Merlin nous n'hésitons pas à répondre : Oui, nous osons soutenir que le silence du code sur les promesses de mariage suffit pour décider que le code ne les admet pas. Autres sont les principes généraux qui régissent les contrats d'intérêt pécuniaire, autres sont les règles qui concernent le mariage. L'obligation de faire suppose qu'il y a un *débiteur* et un *créancier;* l'article 1142 dit que le *débiteur* est condamné à des dommages et intérêts, s'il n'exécute pas l'obligation, qu'il a contractée, de faire. Est-ce que, dans les promesses de mariage et dans le mariage, il y a un créancier et un débiteur? Chose remarquable! Toullier, en transcrivant l'article 1142, omet les mots : *de la part du débiteur*. Sa plume s'est refusée à transcrire des mots qui jurent avec la doctrine qu'il soutient. Non, une promesse de mariage n'est pas une promesse faite par un *débiteur* à son *créancier*. Le mariage est le lien de deux âmes; ce mot n'est pas d'un poëte ni d'un philosophe; il a été prononcé, au sein du conseil d'Etat, par un esprit éminemment positif, par le premier consul. Qu'est-ce qui forme l'essence de cette union, au point de vue juridique? La liberté la plus absolue au moment où elle se célèbre. Dès lors, la promesse de mariage ne peut pas engendrer un lien de droit; c'est dire qu'elle n'est pas obligatoire, donc elle est nulle. Pour l'admettre, il faudrait une disposition expresse dans le code; il suffit qu'il garde le silence pour que la promesse ne soit pas valable.

306. Toullier et Merlin invoquent l'ancien droit. A vrai

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Peine contractuelle*, § 1 (t. XXIII, p. 102)

dire, le code Napoléon consacre les principes tels que nous les avons exposés d'après Pothier. Les promesses de mariage n'étaient pas civilement obligatoires, elles n'obligeaient que la conscience; par elles-mêmes, elles ne produisaient aucun effet civil. Celui qui ne les remplissait pas n'était condamné qu'à une pénitence, à des prières, à des aumônes, Pothier ajoute *légères*. Quant aux dommages-intérêts, ils n'étaient pas prononcés comme sanction de la promesse, comme une espèce de compensation. Dans les contrats ordinaires, il en est ainsi; le débiteur ne pouvant être contraint à faire ce qu'il ne veut pas faire, et l'obligation qu'il a contractée devant néanmoins recevoir une exécution forcée, la loi *résout* cette obligation en dommages et intérêts. Les dommages et intérêts tiennent donc lieu de l'exécution directe de l'obligation; le créancier obtient, sous forme de dommages et intérêts, tout ce qu'il a stipulé. Tel est le vrai sens du principe formulé par l'article 1142. Cela est élémentaire. Eh bien, à notre tour, nous adressons un défi à Toullier et à Merlin : Conçoit-on que la promesse de mariage se résolve en dommages et intérêts? Conçoit-on que celui à qui son fiancé manque de foi demande et obtienne, sous forme de dommages et intérêts, l'exécution forcée de la promesse, c'est-à-dire le profit, l'avantage que lui aurait procuré le mariage? Conçoit-on que le juge se mette à calculer ce que peut valoir, en pièces de cent sous, l'union des âmes? Pour le coup, nous dirons avec le premier consul : « Vous ne comprenez pas ce que c'est que le mariage! Vous traitez cela en hommes d'affaires, en légistes. Le mariage est l'union des âmes. » Quand deux âmes se proposaient de s'unir et que l'une d'elles refuse, il n'y a plus lieu au mariage, parce qu'au lieu de l'union il y a désunion, antipathie, indifférence. L'union étant impossible, comment pourrait-il être question de lui donner une exécution forcée sous forme de dommages et intérêts?

Nous disons que le code Napoléon reproduit les principes de l'ancien droit. Les fiançailles étaient valables dans le for de la conscience; or, le code ne s'occupe pas des droits et des devoirs purement moraux; il devait donc

garder le silence sur les promesses de mariage. Sous l'ancien régime, l'Eglise et l'Etat étant étroitement unis, on comprend que les fiançailles aient fait l'objet du droit; mais c'était le juge ecclésiastique qui connaissait de leur validité, et qui condamnait à une pénitence la partie qui y manquait. Depuis la Révolution, il n'y a plus de juge d'église aux yeux de la loi; il n'y a plus d'engagement moral qui ait un effet juridique. Dès lors que devait faire le législateur? Passer sous silence les promesses de mariage, le seul effet qu'elles avaient dans l'ancien droit ne pouvant plus exister. Le silence du code suffit donc, comme nous le disions, pour que la promesse de mariage n'existe plus; elle est plus que nulle, le code ne la connaît pas.

307. Il y a quelques arrêts en faveur de l'opinion de Toullier (1). La jurisprudence ainsi que la doctrine se sont prononcées pour la nullité des promesses de mariage. Elles le décident ainsi par application des principes généraux de droit. Déjà les jurisconsultes romains enseignaient que les clauses pénales ajoutées à une promesse de mariage étaient nulles comme contraires aux bonnes mœurs, parce que le nœud du mariage doit être entièrement libre (2). Les arrêts ont appliqué le même principe aux promesses de mariage. Il y en a deux qui sont fortement motivés, l'un de la cour de Nîmes (3) et l'autre de celle de Gand (4). On y lit que le mariage est de tous les actes celui qui impose aux contractants les plus importantes obligations et qui les soumet aux conséquences les plus graves, puisque, d'une part, ces actes servent de base au repos des familles, et que, de l'autre, ils fixent à jamais le sort des époux; que dès lors la raison, les bonnes mœurs et la loi exigent que le libre consentement des parties, voulu pour la validité de tous les contrats, soit surtout garanti aux futurs époux jusqu'au moment où ils vont engager leur avenir ; qu'il n'en serait pas ainsi si des pro-

(1) Voyez les arrêts de Toulouse (1813) et de Colmar (1818) dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 83, 1° et 4°.

(2) L. 5, D., *de sponsalibus* (XXIII, 1) : « Cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet. » La décision porte sur la clause pénale.

(3) Arrêt du 29 novembre 1827 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 90, 7°).

(4) Arrêt du 19 juin 1835 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 84).

messes de mariage pouvaient se faire avec clause pénale, ou entraînaient des dommages-intérêts tels, que les parties, pour se soustraire à ces conséquences de l'inaccomplissement de leur engagement, se décideraient à les remplir malgré elles : ce qui conduirait à enchaîner un consentement lequel, d'après la loi, doit être entièrement libre; que dès lors la loi ne saurait prêter son appui et communiquer la force obligatoire et coactive à une promesse de mariage, qu'elle soit faite avec ou sans clause pénale. En effet, dit la cour de Gand, quel serait l'effet direct d'une pareille promesse, si on la considérait comme valable ? L'une des parties devrait pouvoir contraindre l'autre à contracter malgré elle le mariage projeté. Cette obligation de se marier malgré soi est nulle; dès lors elle ne peut, en cas d'inexécution, produire aucun effet par elle-même; celui qui ne l'exécute pas ne fait qu'user de son droit; par cela même il ne fait de tort à personne.

Ces principes ont aussi été consacrés par la cour de cassation; elle a jugé que toute promesse de mariage est nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans les mariages (1). En ce sens, ces promesses sont contraires aux bonnes mœurs et frappées, comme telles, de nullité, par les articles 1131 et 1133. Toullier répond qu'il n'y a de contraire aux bonnes mœurs que les promesses dont l'objet blesse la morale; or, quel est le but ou l'objet des promesses de mariage? Sans contredit, le but le plus honnête, le plus louable, le plus conforme aux lois et à la morale, l'accomplissement d'un mariage. Cela est très-vrai, mais à une condition, c'est que le mariage soit contracté en pleine liberté, car si un mariage librement contracté est réellement l'union des âmes, il est bien évident qu'un mariage forcé est une source de désordres et d'immoralité. Toullier insiste (2) et dit que sans doute le mariage doit être librement contracté, mais que cette liberté existe au moment où la promesse en est faite. Dès lors la liberté doit être enchaînée

(1) Arrêt du 30 mai 1838 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 82, 8°).
(2) Toullier, *Le Droit civil français*, t. VI, p. 330, 334.

comme elle l'est par le mariage lui-même; les époux ne peuvent plus changer d'avis après qu'ils sont mariés; par la même raison, on ne doit pas leur permettre de rompre leur promesse; la liberté de les rompre serait la liberté de manquer à ses engagements; favoriser cette liberté, c'est favoriser l'infidélité, c'est favoriser l'immoralité. Ne sait-on pas que les promesses de mariage sont souvent employées comme un moyen de séduction contre l'innocence et la simplicité? Est-ce au législateur à encourager la séduction en lui assurant l'impunité?

Il y a beaucoup de vrai dans ce que dit Toullier, mais cela n'est vrai que dans le for de la conscience. Oui, au point de vue de la morale, on doit flétrir le misérable qui séduit l'innocence par une promesse de mariage qu'il sait n'être pas obligatoire. Mais le législateur peut-il forcer le séducteur à épouser la malheureuse qu'il a trompée? Il suffit de poser la question pour la résoudre. La loi veut la liberté des parties contractantes au moment où le mariage se célèbre; tout ce qui précède reste du domaine de la morale. Manquer à sa promesse par légèreté, par inconstance, par infidélité, est sans doute une action immorale ; c'est une action plus immorale encore de faire des promesses avec le dessein de ne pas les tenir, ce qui est une infamie. Toullier a raison de réprouver ces mauvaises actions. Mais le législateur le peut-il? Ne favoriserait-il pas à son tour l'immoralité en déclarant obligatoires des promesses de mariage qu'il est si facile d'obtenir de la passion égarée? Ne prêterait-il pas son appui à de honteuses spéculations? S'il y a des séducteurs, il y a aussi des séductrices. Que devait faire la loi? Elle devait veiller, autant que cela dépend d'elle, à ce que les fiancés restent libres et purs jusqu'au moment où leur union se célèbre : c'est dire qu'elle ne saurait donner sa sanction à aucune promesse de mariage (1).

308. La promesse de mariage étant nulle, il est certain que la clause pénale qui y est ajoutée est nulle égale-

(1) C'est la doctrine généralement suivie (Marcadé, t. Ier, p. 414 et suiv., n° 5. Demolombe, t. III, p. 42 et suiv., nos 28 et suiv.).



ment. Cela a été jugé ainsi par la cour de cassation (1) ; et cela ne pouvait pas souffrir le moindre doute, puisque nous avons un texte formel. « La nullité de l'obligation principale, dit l'article 1227, entraîne celle de la clause pénale. » Il faut dire plus : quand même la promesse serait valable, la peine serait néanmoins nulle, car c'est surtout la peine qui enchaînerait la liberté; la promesse elle-même ne donne lieu à aucune action directe, tendant à ce que le mariage soit célébré malgré celui qui refuse de l'exécuter. L'intérêt de la question se concentre donc dans la clause pénale ou dans les dommages et intérêts. Il s'agit de savoir si la promesse de mariage donne par elle-même lieu à des dommages et intérêts que les parties pourraient évaluer par une clause pénale, ou qu'à défaut de peine le juge déterminerait. Dans notre opinion, la question ne peut pas même être posée. La promesse de mariage étant nulle, elle ne peut produire aucune action. On ne peut pas invoquer l'article 1142, puisque cette disposition est étrangère au mariage (2). Et quand même on admettrait que cet article reçoit son application à toute obligation de faire, encore faudrait-il qu'elle fût légale; or, la promesse de mariage est frappée de nullité comme étant contraire à la liberté et par suite aux bonnes mœurs (art. 1131, 1133).

Est-ce à dire que jamais il ne puisse y avoir lieu à une action en dommages et intérêts par suite d'une promesse de mariage? Il y a un grand nombre d'arrêts qui prononcent des dommages et intérêts contre celui qui a manqué à la promesse qu'il avait faite. Au premier abord, ces arrêts paraissent être en opposition avec le principe de la nullité de la promesse. Il y aurait contradiction si l'on décidait que l'inexécution d'une promesse de mariage donne lieu à des dommages et intérêts. La cour de Montpellier avait admis cette doctrine, mais son arrêt a été cassé par la raison que « le seul fait de l'inexécution d'un

(1) Arrêt du 21 décembre 1814 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 90, 1°).

(2) Ainsi décidé par la cour de Besançon, arrêt du 8 mai 1811 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 82, 2°).

mariage projeté ne peut, par lui-même, motiver une condamnation à des dommages et intérêts, puisque ce serait, sous une nouvelle forme, porter atteinte à la liberté du mariage (1). » Si donc il y a lieu de condamner à des dommages et intérêts celui qui a manqué à une promesse de mariage, on ne peut pas fonder cette condamnation sur un engagement contractuel. La vraie raison de décider se trouve dans l'article 1382, aux termes duquel « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » C'est donc en vertu d'un délit civil ou d'un quasi-délit que des dommages et intérêts sont prononcés contre celui qui manque à une promesse de mariage : il y est tenu, non parce qu'il a fait une promesse, mais parce que, ensuite de cette promesse, l'autre partie a éprouvé un dommage soit matériel, soit moral (2). S'il y a dommage matériel, il n'y a aucun doute ; la jurisprudence nous en offre de nombreux exemples. La cour de Metz a alloué des dommages et intérêts au fiancé, la future ayant refusé de tenir sa promesse : cas assez rare, comme le dit l'arrêt, mais les principes ne laissaient aucun doute. En effet, l'arrêt constate que, par suite de la promesse de mariage, le jeune homme avait fait des dépenses, qu'il avait fait des acquisitions onéreuses pour lui, qui maintenant devenaient inutiles. Il y avait lieu évidemment d'appliquer l'article 1382 (3).

La question est plus délicate quand il s'agit d'un dommage moral, ce que Pothier appelle un *affront*. Dans l'ancien droit, on l'admettait comme cause légitime de dommages et intérêts ; mais n'est-ce pas parce que les promesses de mariage étaient considérées comme valables? Dans notre nouveau droit, elles sont nulles ; s'il n'y a pas de dommage matériel causé, peut-il y avoir lieu à dommages et intérêts, fondés sur ce que la jeune fille qui éprouve un refus éclatant trouvera plus difficilement à s'établir? N'est-ce pas donner un effet à la promesse de

(1) Arrêt du 11 juin 1838 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 90, 4°).
(2) Arrêt de la cour de cassation du 30 mai 1838 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 82, 4°).
(3) Arrêt du 18 juin 1818 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 88, 2°).

mariage considérée en elle-même? La jurisprudence prononce des dommages et intérêts pour le dommage moral aussi bien que pour le dommage matériel. « Considérant, dit la cour de Colmar, que l'intimé a refusé d'épouser M. B..., lorsque déjà leurs conventions matrimoniales étaient conclues, et retenues dans un contrat authentique et solennel; que ce refus n'est fondé sur aucun motif déterminant; que l'éclat et la publicité dont il a été accompagné sont de nature à porter une grave atteinte à la réputation de l'appelante dans l'opinion publique, et qu'ils peuvent mettre obstacle à ce qu'elle puisse contracter d'autres liens (1). » Cette jurisprudence est fondée sur les principes généraux du droit. L'atteinte portée à la réputation et à l'honneur des personnes donne lieu à une action en dommages et intérêts, fondée sur l'article 1382 du code. Il y a délit civil, s'il y a dol ou dessein de nuire; il y a quasi-délit, s'il n'y a que légèreté ou caprice; dans tous les cas, les dommages et intérêts dérivent non pas d'une promesse de mariage considérée comme valable, mais d'un fait dommageable (2).

D'après le droit commun, les dommages et intérêts comprennent, outre la perte que le créancier a faite, le gain dont il a été privé (art. 1149). M. Demolombe demande si l'on devrait écouter le futur délaissé qui viendrait dire : « J'allais faire un brillant mariage, le contrat m'assurait une donation de 100,000 francs; c'est par la déloyauté de ma future que je perds cet avantage; donc elle doit m'en indemniser. » Non, jamais un langage pareil n'a été tenu devant un tribunal, et c'est rendre un mauvais service à la science du droit que de discuter ces questions oiseuses, car elles font dégénérer la jurisprudence en scolastique. Un mot suffirait pour repousser de pareilles prétentions, si l'on avait l'impudence de les produire en justice, c'est le mot du premier consul : Le mariage n'est pas une affaire, c'est l'union des âmes !

309. Puisque c'est par suite d'un délit ou d'un quasi-

(1) Arrêt du 23 janvier 1833 (Dalloz, au mot *Mariage*, nº 88, 1º).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 47 et suiv., nº 30.

délit que les dommages et intérêts sont prononcés, il faut qu'il y ait dol ou au moins faute de la part de celui qui manque à sa promesse. S'il avait de justes raisons de ne pas la tenir, il n'y a plus ni délit ni quasi-délit; celui qui a le droit de faire ce qu'il fait n'est pas tenu de réparer le dommage qu'il cause, car il ne fait de tort à personne. On appliquait ce principe dans l'ancien droit, bien que les promesses de mariage fussent valables; à plus forte raison faut-il le décider ainsi dans notre droit civil moderne, qui ne tient aucun compte de la promesse, mais seulement du fait dommageable. Nous citerons quelques applications d'après Pothier et la jurisprudence.

Lorsque l'une des parties a manqué à la foi qu'elle avait donnée, l'autre est dégagée envers elle de son engagement. Si donc, dit Pothier, l'une des parties peut prouver que l'autre a commis fornication depuis les fiançailles, elle peut les rompre et il n'y aura pas lieu à dommages et intérêts. Un arrêt de la cour de Rouen a fait l'application de ce principe à un cas où la fiancée était devenue enceinte après la promesse de mariage. C'est, dit l'arrêt, un motif légitime pour le futur de se refuser à l'exécution des promesses contenues au contrat de mariage; ce qui suffit pour rejeter l'action en dommages et intérêts (1).

De même, dit Pothier, lorsque, postérieurement aux fiançailles, il survient un fait qui eût certainement empêché de les contracter, le contrat est résolu, en ce sens qu'il ne peut donner lieu à des dommages et intérêts. Il applique ce principe même à un changement de fortune ou de position, bien entendu s'il en résulte que les futurs ne seraient plus en état de supporter les charges du mariage. C'est un devoir alors de rompre des engagements devenus inexécutables. Dans notre droit moderne, il faut dire qu'il n'y a plus ni délit ni quasi-délit; par conséquent il ne saurait être question de dommages et intérêts (2).

310. Celui qui intente l'action en dommages et intérêts est-il admis à faire la preuve du fait dommageable

(1) Arrêt du 20 mars 1813 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 86, 1°).
(2) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n°s 59 et suiv. Demolombe, t. III, p. 44, n° 29.

par témoins? Il y a une raison de douter. Les dommages et intérêts sont prononcés non en exécution de la promesse de mariage, mais en vertu de l'article 1382, c'est-à-dire en vertu d'un délit ou d'un quasi-délit. Or, aux termes de l'article 1348, n° 1, la preuve testimoniale est admissible quand l'obligation résulte d'un délit ou d'un quasi-délit. Ce texte semble décider la question et il a entraîné M. Demolombe (1). Nous croyons que cette interprétation est en contradiction avec le principe même sur lequel repose la disposition que l'on invoque. L'article 1348 commence par dire que les règles sur la prohibition de la preuve testimoniale reçoivent exception lorsqu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. C'est donc à raison de l'impossibilité de se procurer une preuve littérale que le demandeur peut prouver le délit ou le quasi-délit par témoins; d'où suit que l'exception doit être restreinte dans les limites de cette impossibilité. Si donc, dans un délit ou dans un quasi-délit, il y a un fait dont on a pu se procurer une preuve par écrit, nous ne sommes plus dans le cas de l'exception, nous rentrons dans la règle qui est la prohibition de la preuve testimoniale. Cela est élémentaire et cela décide la question. Rien de plus possible que de se procurer une preuve littérale d'une promesse de mariage; donc il n'y a pas lieu à l'exception, la preuve testimoniale n'est pas admise. Quant aux faits qui ont occasionné le dommage, les dépenses, les pertes, il va sans dire qu'on peut les prouver par témoins. C'est l'application d'un principe général : les faits matériels qui par eux-mêmes ne produisent ni droit ni obligation, peuvent toujours se prouver par la preuve testimoniale.

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 57, n° 33.

SECTION III. Du consentement des ascendants et de la famille.

§ 1er. *Consentement des ascendants.*

N° I. DANS QUELS CAS LE CONSENTEMENT DES ASCENDANTS EST-IL NÉCESSAIRE POUR LA VALIDITÉ DU MARIAGE?

311. D'après le droit canonique, le consentement des père et mère n'était pas nécessaire pour la validité du mariage, alors même que les enfants étaient mineurs. Merlin dit que cette règle, consacrée par le concile de Trente, n'était pas observée en France : l'ordonnance de Blois défendait aux curés « de passer outre à la célébration desdits mariages, s'il ne leur apparaissait du consentement des pères, mères, tuteurs ou curateurs, sur peine d'être punis comme fauteurs du crime de rapt (1). » Quelle est la raison de cette différence entre le droit canonique et le droit civil? Nous n'hésitons pas à le dire : Le droit civil, en ce point, est bien plus moral que le droit canon. L'Eglise sacrifie tout au sacrement; l'enfant de douze ans est considéré comme capable de recevoir le sacrement de mariage ; dès lors l'Eglise passe outre, en méconnaissant l'autorité paternelle, disons mieux, au préjudice des enfants qui se marient en foulant aux pieds le respect qu'ils doivent à leurs père et mère.

Il y a des raisons décisives, toutes puisées dans l'intérêt même des enfants, qui s'opposent à ce qu'ils contractent mariage sans le consentement de leurs ascendants. Tant qu'ils sont mineurs, la loi aurait pu et dû leur défendre de se marier; incapables des actes ordinaires de la vie, ne pouvant disposer de la moindre partie de leurs biens, comment seraient-ils capables de disposer de leur liberté, de leur avenir? Si la loi permet le mariage aux mineurs, ce ne peut être que dans un intérêt de moralité; mais la loi a beau déclarer que le mariage peut avoir lieu à l'âge

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Empêchements de mariage*, § 5, article 2, n° 2.

de quinze ou de dix-huit ans, il n'en est pas moins vrai que les enfants de cet âge sont incapables de comprendre la gravité des engagements qu'ils contractent. Il faut donc suppléer à leur incapacité, il faut la couvrir.

Tel est le but du consentement des ascendants tant que les enfants n'ont pas atteint la majorité. Devenus majeurs, ils sont capables de tous les actes de la vie civile, dit l'article 488, mais il ajoute, sauf la restriction portée au titre du Mariage. En effet, la loi prolonge la majorité pour les fils de famille ; ils ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs ascendants, tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis. La loi maintient la majorité ordinaire pour les filles ; mais elle veut que les uns et les autres, alors même qu'ils seraient majeurs pour le mariage, demandent le conseil de leurs ascendants, à quelque âge qu'ils se marient. Voilà des dispositions tout à fait exceptionnelles. Elles viennent à l'appui de ce que nous avons dit et répété, que le mariage n'est pas un contrat régi par les principes généraux de droit. Pourquoi le fils de famille, majeur de vingt et un ans, capable comme tel de tous les actes de la vie civile, est-il incapable de se marier? Pourquoi les filles et les fils doivent-ils toujours demander le conseil de leurs ascendants? Portalis répond : Parce que « les mariages sont, de toutes les actions de la vie, celles desquelles dépend le bonheur ou le malheur de la vie entière des époux, et qui ont une plus grande influence sur le sort des familles, sur les mœurs générales et sur l'ordre public (1). » Cette raison est bonne, mais elle est trop absolue. En effet il y a des cas où les enfants, dès majeurs de vingt et un ans peuvent se marier sans consentement de qui que ce soit, sans demander conseil à personne : c'est quand ils n'ont plus d'ascendants (art. 160). Il faut donc qu'il y ait encore une autre raison qui justifie le principe en vertu duquel la majorité ordinaire est prolongée. C'est d'abord le respect que les enfants doivent toujours à leurs ascendants, respect qui les oblige à demander leur consentement ou du moins

(1) Exposé des motifs, n° 12 (Locré, t. II, p. 382).

leur conseil, quand ils veulent se marier. C'est ensuite l'intérêt moral qu'ont les ascendants à l'union que leurs enfants se proposent de contracter. Ils ont pour eux l'expérience, ils ont l'affection; à ce double titre, ils doivent être appelés à donner leur consentement ou leur conseil. C'est donc une garantie pour les enfants tout ensemble et pour la famille, et par suite pour la société. Si la loi revient à la majorité ordinaire quand il s'agit du consentement du conseil de famille, c'est qu'elle ne pouvait pas avoir la même confiance dans les collatéraux que dans les ascendants.

312. L'article 148 porte : « Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs *père et mère :* en cas de dissentiment, le consentement du père suffit. » Il résulte du texte que la mère doit consentir aussi bien que le père. Il est vrai que le père seul exerce l'autorité paternelle durant le mariage (art. 373), mais le consentement des père et mère n'est pas requis, à raison de la puissance paternelle; ce qui le prouve, c'est que les ascendants, qui n'ont pas cette puissance, sont néanmoins appelés à consentir au mariage. Pourquoi, en cas de dissentiment, le consentement du père suffit-il? Portalis répond à la question : « Dans une société de deux personnes, toute délibération, toute décision deviendrait impossible, si l'on n'accordait la prépondérance au suffrage de l'un des associés. La prééminence du sexe a partout garanti cet avantage au père (1). » On peut ajouter qu'ici l'idée de puissance reparaît. Entre les deux associés qui sont en désaccord, la loi devait se décider pour celui qui exerce tout ensemble la puissance paternelle et la puissance maritale. De ce que le consentement du père suffit en cas de dissentiment, faut-il conclure que l'enfant ne doit produire que le consentement de son père? Non, car la loi veut que l'officier de l'état civil énonce dans l'acte de mariage le consentement des père et mère (art. 76, n° 4).

(1) Exposé des motifs, n° 12 (Locré, t. II, p. 382)

Il faut donc que l'enfant qui ne produit que le consentement du père prouve qu'il a demandé le consentement de sa mère, et que celle-ci l'a refusé. Cela résulte du texte : *en cas de dissentiment*, dit l'article 148. Or, pour qu'il y ait *dissentiment*, il faut que la mère ait refusé de consentir. Dès lors, ce fait doit être prouvé. On demande comment le dissentiment sera établi, et l'on répond que l'enfant fera un acte respectueux (1). Il nous semble que l'on doit suivre pour le dissentiment les mêmes formes que pour le consentement; la mère peut donc manifester son dissentiment en comparaissant devant l'officier de l'état civil, ou par acte authentique. Si elle refusait de constater son dissentiment, il faudrait recourir à un acte d'huissier. Les notaires ne seraient pas compétents; ce n'est que par exception qu'ils ont qualité pour signifier des actes respectueux, et la demande de consentement n'est pas un acte respectueux.

Si l'enfant ne produit pas la preuve du dissentiment de sa mère, que devra faire l'officier de l'état civil? Il ne pourra pas procéder au mariage. S'il passait outre, il encourrait la peine établie par l'article 264 de notre code pénal, aux termes duquel l'officier de l'état civil est puni d'une amende de vingt-six francs à cinq cents francs, s'il a procédé à la célébration des mariages sans s'être assuré de l'existence des consentements. La loi aurait dû ajouter : ou du refus de la mère de consentir; néanmoins le texte nous paraît applicable au refus de consentement, car en principe la mère doit consentir, donc l'officier de l'état civil doit s'assurer de son consentement.

On demande si la mère peut former opposition au mariage dans le cas où l'enfant n'a pas demandé son consentement? La question est controversée, nous l'examinerons plus loin, en traitant de l'opposition. A notre avis, elle n'a pas ce droit. Tout ce qu'elle pourrait faire, ce serait de donner connaissance de ce fait à l'officier de l'état civil. Mais quand même elle garderait le silence, l'offi-

(1) Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 396, note *b*, suivi par Demolombe, t. III, p. 62, n° 38

cier devrait surseoir. L'opinion contraire de Duranton est inadmissible. Il y a présomption, dit-il, que le mariage lui est agréable, par cela seul qu'elle ne forme pas opposition (1). Il faut se défier des présomptions que les auteurs imaginent pour le besoin de leur cause. Quand la loi prescrit des formes solennelles, il ne peut pas être question de présomptions. Or, le consentement, en fait de mariage, est un acte solennel. Nous y reviendrons.

318. Aux termes de l'article 149, « si l'un des père et mère est mort, ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. » Quand y a-t-il impossibilité de manifester sa volonté? D'abord en cas d'absence, c'est-à-dire si l'un des père et mère a disparu de son domicile sans donner de ses nouvelles. Comment prouvera-t-on l'absence? Quand il y a déclaration d'absence, le jugement qui la prononce prouvera évidemment l'impossibilité de consentir. Mais comment se fera la preuve, quand il y a seulement présomption d'absence? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine. L'article 155 prévoit la difficulté pour le cas où il y a lieu de faire des actes respectueux, et il décide qu'un acte de notoriété délivré par le juge de paix suffira pour constater l'absence. Peut-on appliquer cette disposition par analogie au cas où le père, appelé à consentir, serait présumé absent? Non, car il n'y a pas analogie, le consentement étant nécessaire pour la validité du mariage, tandis que le mariage ne serait pas nul à défaut d'actes respectueux. Mais faut-il aller plus loin et décider que pendant la présomption d'absence, le consentement de l'absent est requis et que si l'enfant ne peut l'obtenir, il devra attendre la déclaration d'absence, ou l'époque de sa majorité? Ce serait dépasser, nous semble-t-il, les exigences de la loi. Elle se contente du consentement de l'un des père et mère, quand l'autre est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Or, n'est-il pas évident que le père qui a disparu, dont on ne connaît pas la résidence, qui ne donne pas de ses nouvelles, est dans l'impossibilité de manifester sa

(1) Duranton, *Cours de droit civil français*, t. II, p. 62, note 3, n° 77.

volonté? Il s'élève déjà quelques doutes sur son existence, et l'on exigerait le consentement d'un homme qui peut-être est mort! Il y a donc impossibilité de consentir. Reste à savoir comment se fera la preuve. S'il est intervenu des jugements en vertu de l'article 112, ils prouveront la présomption d'absence, et par suite l'impossibilité de consentir. S'il n'y a pas eu de jugement, l'enfant devra s'adresser au tribunal, pour que l'absence soit judiciairement constatée (1).

Que faut-il décider si l'un des père et mère n'est pas présent, s'il est en voyage dans des pays lointains? Le consentement du conjoint présent suffira-t-il? M. Demolombe commence par établir qu'il n'y a pas, en ce cas, d'*impossibilité* dans le sens de la loi; il cite l'arrêt intervenu dans la fameuse affaire de la demoiselle Summaripa, qui se maria sans le consentement de son père, absent, à la vérité, lors du mariage, mais sans que son existence fût douteuse; le mariage fut annulé vingt-trois ans plus tard, pour défaut de consentement du père. Après avoir si bien posé le principe, M. Demolombe en dévie, selon son habitude, en subordonnant le droit au fait. « Si cependant, dit-il, les communications étaient interrompues, *s'il y avait impossibilité de se procurer le consentement de l'ascendant*, lors même que son existence serait certaine, je crois qu'il appartiendrait aux magistrats d'apprécier les circonstances et d'autoriser la célébration du mariage avec le seul consentement de l'ascendant présent (2). » M. Demolombe cite une loi romaine, alors qu'il avait sous les yeux le texte du code qui condamne son opinion. L'article 148 ne dit pas que le consentement de l'ascendant présent suffit *quand il est impossible de se procurer le consentement de l'autre*; il dit que l'un des père et mère doit être *dans l'impossibilité de manifester sa volonté*, ce qui est bien différent. Or, quand le père est éloigné, quelle que soit la difficulté des communications, peut-on dire qu'il soit dans l'impossibilité de *manifester* sa volonté? Il peut lui être difficile, impos-

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 392 et suiv., n° 2.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 66, n° 42.

sible même de *transmettre* l'expression de sa volonté, mais il ne lui est certes pas impossible de la *manifester*. Si l'on consultait le texte de la loi, au lieu de se laisser dominer par les faits et les circonstances, il y a bien des questions qui cesseraient d'être controversées.

314. L'aliénation mentale est encore une cause d'*impossibilité* de manifester sa volonté. Mais il y a des difficultés sur le mode de preuve. Quand le père ou la mère sont interdits, on décide que le jugement qui a prononcé l'interdiction est une preuve de l'impossibilité *légale* de manifester sa volonté. Demante dit que cela est *incontestable* (1); en effet, dit Marcadé, le jugement d'interdiction est une preuve *évidente* de l'impossibilité, non pas réelle, mais légale, où l'interdit est de manifester sa volonté, puisque l'interdiction le rend, aux yeux de la loi, incapable d'avoir une volonté (2). Cela ne nous paraît pas si évident ni si incontestable. Le code ne dit pas que l'interdit est frappé d'incapacité légale d'avoir une volonté; il dit seulement que si l'interdit passe des actes postérieurs à l'interdiction, ils sont nuls de droit. Et quels sont ces actes? La loi veut empêcher l'interdit de se ruiner lui et sa famille; il s'agit donc d'actes concernant son patrimoine, d'actes d'intérêt pécuniaire. Qu'est-ce que cette incapacité a de commun avec la faculté de consentir au mariage? Si l'interdit a des intervalles lucides, on ne peut pas dire qu'il soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté; la jurisprudence admet qu'il peut se marier, et il ne pourrait pas consentir au mariage de ses enfants!

On va plus loin; on décide que l'interdiction légale entraîne aussi l'impossibilité de manifester sa volonté (3). Ouvrons notre code pénal. Nous y lisons que l'interdiction légale prive l'interdit de l'exercice de certains droits civils et politiques; il ne peut ni être tuteur ni faire partie d'un conseil de famille. Est-ce que cela l'empêche d'avoir une volonté et de la manifester? N'est-il pas de principe élémentaire que la capacité de consentir est la règle et que

(1) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 312, n° 213 *bis*, IV.
(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 393, n° 3.
(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 69, n° 44.

les incapacités sont de stricte interprétation? Certes, il faudrait un texte bien formel pour qu'une personne fût frappée de l'incapacité légale de manifester sa volonté. Où est ce texte?

L'aliénation mentale donne encore lieu à une autre difficulté. Il est rare que l'interdiction soit prononcée; si l'aliéné n'est pas interdit, il reste sous l'empire du droit commun. Dès lors, il peut consentir au mariage de ses enfants, quand il est dans un intervalle lucide. S'il n'y a pas d'intervalle lucide, il sera dans l'impossibilité de manifester sa volonté; mais comment la prouvera-t-on? La plupart des aliénés sont placés dans un hospice ou dans un établissement privé; la loi veille à ce que la collocation ne se fasse que lorsque la maladie est certaine; un certificat constatant l'admission suffirait donc pour prouver l'aliénation mentale, et par suite l'impossibilité de consentir. Seulement, dans notre opinion, il faut ajouter cette réserve, que l'aliéné pourrait consentir s'il avait des intervalles lucides.

Il se peut que l'aliéné reste dans le sein de sa famille; comment constatera-t-on, en ce cas, l'impossibilité où il se trouve de manifester sa volonté? Les auteurs sont divisés. Les uns se contentent d'un acte de notoriété délivré par le juge de paix, les autres exigent un jugement d'interdiction. Nous croyons que c'est exiger trop peu ou trop. Il s'agit de constater une maladie mentale; or, on sait combien cela est difficile. Certes le juge de paix et les témoins qu'il entendrait n'ont aucune mission pour cela. Un jugement d'interdiction serait certes la preuve la plus sûre; mais la loi ne l'exigeant pas, ce serait dépasser la rigueur que d'en faire une condition. Il nous semble qu'un jugement constatant l'aliénation mentale et par suite l'impossibilité d'exprimer sa volonté suffirait (1). La cour de Poitiers a décidé la question en ce sens (2).

315. Le survivant des père et mère conserve-t-il le droit de consentir, alors qu'il n'est pas tuteur? Il nous

(1) C'est l'avis de Demolombe, t. III, p. 67, n° 43.
(2) Arrêt du 11 mars 1830 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 105)

semble que la question peut à peine être posée. C'est au père, c'est à la mère que la loi donne le pouvoir de consentir. Qu'importe donc qu'ils n'exercent pas la tutelle? Perdent-ils pour cela leur qualité de père et de mère? Il faudrait un texte pour les priver d'un droit que la nature leur donne et que la loi consacre. Il en serait ainsi quand même le survivant se remarierait; la tutelle peut, en ce cas, être retirée à la mère; mais, encore une fois, qu'importe? Elle reste mère quoiqu'elle ne soit pas tutrice. Cela décide la question. Sans doute, la loi aurait pu prescrire pour ce cas des mesures spéciales; mais elle ne l'a pas fait et l'interprète ne peut certes pas le faire.

C'est l'opinion générale. On a cependant fait une objection dont nous devons dire un mot, puisque les auteurs s'en occupent longuement. La veuve, non tutrice, consent au mariage de son enfant; le mineur, assisté de sa mère, fait des donations à son conjoint. Quelle anomalie! dit Delvincourt. La mère n'étant pas tutrice ne peut autoriser son enfant à disposer de l'objet le plus modique, et voilà qu'elle l'autorise à disposer de tous ses biens. L'anomalie n'est qu'apparente; c'est la conséquence du principe que celui qui est habile à contracter mariage est par cela même habile à faire les conventions matrimoniales. Le mariage et les conventions qui l'accompagnent sont régis par des règles spéciales. Ce n'est pas le tuteur qui y figure, ainsi que cela se fait d'après le droit commun, c'est le mineur. Mais comme il est incapable, la loi veut qu'il soit assisté. Par qui? Par ses ascendants. Leur assistance doit donc suffire pour les conventions matrimoniales comme pour le mariage même. En effet, il ne s'agit pas, dans le contrat de mariage, d'obligations ordinaires ou d'intérêts ordinaires; ce sont des arrangements de famille, qui ont un lien intime avec l'union des personnes, et déterminent souvent cette union; dès lors, il est naturel que le père ou la mère y consente et non le tuteur (1).

316. « Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les *aïeuls*

(1) Comparez Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 70, n° 90.

et *aïeules* les remplacent. » On se demande si l'article 150 entend par les mots *aïeuls* et *aïeules* tous les ascendants, à quelque degré qu'ils se trouvent? L'affirmative ne souffre aucun doute. D'abord on peut invoquer l'esprit de la loi : est-ce que l'enfant doit moins de respect à son bisaïeul qu'à son aïeul? Mais l'esprit de la loi n'est pas décisif dans une matière où tout est de rigueur, puisque le défaut de consentement entraîne la nullité du mariage, et peut-on annuler un mariage sans texte? Il faut donc un argument de texte qui démontre que, dans le langage de la loi, les mots *aïeuls* et *aïeules* comprennent tous les ascendants. Les articles 173 et 174 nous fournissent cet argument. Aux termes de l'article 173, le droit de former opposition au mariage appartient au père; à défaut du père, à la mère et, à leur défaut, aux *aïeuls* et *aïeules*. Voilà la même expression et dans une matière connexe, puisque le droit de former opposition au mariage ainsi que le droit d'y consentir sont attribués aux père et mère, *aïeuls* et *aïeules*, à raison de leur qualité. Eh bien, que signifie l'expression d'*aïeuls* et *aïeules* dans l'article 173? L'article 174 répond à la question : *à défaut d'aucun ascendant*, dit-il, le droit d'opposition peut être exercé par certains collatéraux. Donc par les *aïeuls* et *aïeules*, la loi entend *tous les ascendants* (1).

317. Dans quel ordre les ascendants sont-ils appelés à consentir? Le code pose quelques règles dans l'article 150, mais il ne prévoit pas tous les cas. De là quelques difficultés. Pour les résoudre, il faut d'abord distinguer s'il n'y a d'ascendants que dans une ligne, ou s'il y en a dans les deux lignes.

S'il n'y a d'ascendants que dans une ligne, c'est l'ascendant le plus proche qui est appelé à consentir. La loi ne le dit pas, mais il faut le décider ainsi par analogie. Elle n'appelle les aïeuls qu'à défaut des père et mère; c'est donc la proximité de degré qui est décisive; si elle l'est pour le premier degré, elle doit l'être pour le second. Il n'y a pas à distinguer si c'est une aïeule ou un aïeul qui

(1) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 306, n° 211.

est le plus proche en degré; toujours par une raison d'analogie : la mère exclut les aïeuls, donc l'aïeule doit exclure le bisaïeul. Que faut-il décider si, dans une même ligne, l'aïeul et l'aïeule existent? Le code répond : « S'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul (art. 150). » Ici la loi applique elle-même l'argument d'analogie, en décidant pour l'aïeul et l'aïeule ce qu'elle a décidé pour le père et pour la mère; elle autorise par là l'interprète à se décider également par l'identité de raison.

S'il y a des ascendants dans les deux lignes, il faut distinguer s'ils sont à des degrés égaux ou à des degrés inégaux. Sont-ils égaux en degré, chaque ligne sera appelée à donner son consentement; le code le dit, car il prévoit le cas où une ligne consent, tandis que l'autre refuse de consentir, et il décide que ce partage emportera consentement. La loi n'admet plus de prépondérance ici pour la ligne paternelle, comme elle l'admet pour le père. C'est qu'il n'y a pas même raison; il y a, au contraire, un motif d'interpréter le dissentiment en faveur du mariage. De là suit que si une aïeule maternelle consent et que l'aïeul et l'aïeule paternels refusent, le mariage peut avoir lieu. C'est une dérogation à l'ancien droit. Dans l'ancienne jurisprudence, dit Portalis, la nécessité du consentement dérivait de la puissance paternelle, puissance qui était une sorte de droit de propriété; ce droit n'appartenait pas à la mère pendant la vie du chef, ni aux ascendants de la ligne maternelle, tant qu'il existait des ascendants paternels. Aujourd'hui ces idées de puissance ont fait place au sentiment d'affection. De là le concours des parents du même degré pour remplir les mêmes devoirs et exercer la même surveillance (1).

S'il y a des ascendants à des degrés inégaux dans les deux lignes, les plus proches en degré l'emportent-ils sur ceux qui sont plus éloignés? Le code ne prévoit pas la difficulté. Demante dit qu'il faut suivre par analogie les principes que le code établit pour la tutelle; or, il défère

(1) Portalis, Exposé des motifs, n° 14 (Locré, t. II, p. 382).

la tutelle aux aïeuls avant de la déférer aux bisaïeuls (1) (art. 402 et suiv.). Y a-t-il réellement analogie? Non, car la tutelle est une charge, et une charge que l'on ne doit pas imposer à des ascendants très-avancés en âge, alors qu'il y en a de plus jeunes et partant plus capables de l'exercer; tandis que, pour consentir, il suffit de l'affection et de quelque intelligence. Dès lors, il n'y a pas de raison de donner une prépondérance au degré quand il y a deux lignes en présence : chaque ligne a un droit à elle. Telle est aussi l'opinion générale (2).

318. Le code civil ne dit pas comment les futurs époux doivent prouver la mort du père, de la mère ou de l'ascendant, s'il y a lieu. D'après la rigueur des principes, ils devraient produire l'acte de décès. Mais le code lui-même s'écarte de cette rigueur quand il s'agit d'un acte bien plus important. L'acte de naissance des futurs époux peut être remplacé par un acte de notoriété. A plus forte raison doit-on se montrer facile pour la preuve du décès. Toutefois il fallait une règle émanée du pouvoir qui, sous l'empire de la constitution de l'an VIII, était chargé d'interpréter les lois : tel est l'objet de l'avis du conseil d'Etat du 4 thermidor an XIII (3). Le conseil décide qu'il n'est pas nécessaire de produire les actes de décès des père et mère, lorsque les aïeul ou aïeule attestent le décès. Que si les ascendants dont le consentement est requis sont morts et si l'on est dans l'impossibilité de produire l'acte de leur décès, faute de connaître leur dernier domicile, il peut être procédé à la célébration du mariage des majeurs, sur leur déclaration à serment que le lieu du décès de leurs ascendants leur est inconnu. Cette déclaration doit être certifiée par serment des quatre témoins de l'acte de mariage, lesquels affirment que, quoiqu'ils connaissent les futurs époux, ils ignorent le lieu du décès de leurs ascendants. Les officiers de l'état civil doivent faire mention, dans l'acte de mariage, desdites déclarations.

(1) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 307, n° 211 *bis*, II, suivi par Valette sur Proudhon, t. Ier, p. 397, note *a*.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 279 et note.
(3) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 116.

L'avis du conseil d'Etat ne statue que sur les majeurs. Que faut-il décider des mineurs qui, en cas de décès de leurs ascendants, ont besoin du consentement de famille? On voit, par les considérants de l'avis du 4 thermidor, que, dans la pensée du conseil d'Etat, la marche qu'il indique pour la preuve du décès doit s'appliquer à tous les cas : elle est sans danger, dit le conseil, relativement au mariage des majeurs, pour lesquels le consentement n'est pas d'une nécessité absolue et dirimante; et quant aux mineurs, rien n'est à craindre, puisque, à défaut d'ascendants, ils ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille.

L'on demande si le décès de l'un des père et mère ne pourrait pas être attesté par le survivant? Les auteurs sont divisés; la plupart se contentent de la déclaration du père ou de la mère. Cela est douteux. D'après la rigueur des principes, on pourrait dire qu'il n'appartient pas aux officiers de l'état civil de suppléer au silence de la loi, et de remplacer une preuve légale par une autre preuve. Toutefois l'avis du conseil d'Etat de l'an XIII les y autorise par ses considérants. On y lit que les officiers de l'état civil ne discernent pas assez soigneusement les divers cas que la loi a voulu régler, de ceux qu'elle a laissés à la disposition des principes généraux et du droit commun. Le conseil dit ensuite qu'à Paris les officiers de l'état civil se sont contentés d'actes de notoriété, et même de la simple déclaration des quatre témoins; qu'il n'en est résulté aucun inconvénient ni plainte, tandis qu'il en est, au contraire, résulté beaucoup lorsque, dans des cas pareils, on a voulu être plus rigoureux et exiger davantage. Le conseil approuve donc les officiers de l'état civil qui appliquent la loi de manière à faciliter les mariages, et il entend leur laisser une certaine latitude. Toutefois, nous n'oserions pas poser comme règle que l'un des conjoints peut attester dans tous les cas le décès de l'autre. Est-il à croire, en effet, qu'un époux ignore le lieu où son conjoint est mort? Que s'il le connaît, il doit, en général du moins, produire l'acte de décès, sauf à l'officier de l'état civil à se contenter

de sa déclaration, si, de fait, il lui est impossible de produire cet acte (1).

N° 2. COMMENT LE CONSENTEMENT DOIT ÊTRE DONNÉ.

319. Quand les ascendants assistent au mariage, ils donnent leur consentement en présence de l'officier de l'état civil qui le constate dans l'acte qu'il dresse. Mais il se peut que l'ascendant appelé à consentir ne puisse pas ou ne veuille pas se présenter en personne. Dans ce cas, il faut qu'il donne son consentement par un acte authentique : l'article 73 semble l'exiger en disant que « l'acte *authentique* du consentement des père et mère, ou aïeuls et aïeules, contiendra les prénoms, noms, profession et domicile du futur époux et de tous ceux qui auront concouru à l'acte, ainsi que leur degré de parenté. » On a toujours entendu cette disposition en ce sens qu'un acte authentique était nécessaire; d'où suit que le consentement ne peut se donner d'une autre manière, par acte sous seing privé, ni tacitement. La cour de Pau, chambres réunies, a décidé, au contraire, que le consentement des ascendants est régi par le droit commun; qu'il peut donc être exprimé par toute espèce d'actes, soit authentiques, soit sous seing privé; qu'il peut même être tacite et résulter d'un ensemble de faits et de circonstances propres à faire connaître l'intention de l'ascendant. Vainement, dit l'arrêt, invoquerait-on l'article 73; cette disposition dit, à la vérité, ce que doit contenir l'acte authentique de consentement, mais il ne dispose pas dans la forme directe et impérative, et surtout il ne prononce pas la nullité pour le cas d'inobservation des formalités qu'il prescrit. Dès lors on reste dans le droit commun (2).

Il nous est impossible d'admettre cette interprétation. Si le consentement des ascendants était régi par le droit commun, l'article 73 serait inutile. La loi parle-t-elle jamais d'un acte authentique, alors qu'elle admet un con-

(1) Demolombe, t. III, p. 63, n° 40. Marcadé, t. Ier, p. 397, n° 2.
(2) Arrêt du 24 mars 1859 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1860, 2, 157).

sentement tacite? Quoi! le consentement peut se donner tacitement, et la loi énumère longuement les énonciations que doit contenir l'acte authentique! Il est vrai que l'article 173 n'est pas conçu dans une forme impérative. Mais cela n'était pas nécessaire. Cette disposition n'existerait pas dans le code qu'il faudrait encore décider que le consentement des ascendants est un acte solennel. En effet, comment se donne-t-il régulièrement? Par une déclaration reçue par un officier public, donc dans une forme solennelle. Si l'ascendant ne comparaît pas, il peut remplacer son consentement verbal par un consentement littéral, mais l'écrit qui remplace un acte solennel doit naturellement être solennel, c'est-à-dire authentique. L'esprit de la loi l'exige ainsi. C'est pour les plus graves considérations d'ordre social que la loi exige le consentement des ascendants; il faut donc qu'il ne puisse s'élever aucun doute sur ce fait; il faut encore que le consentement soit donné d'une manière réfléchie et comme résultat d'une sérieuse délibération : ce qui exclut un consentement tacite. Si la loi veut un acte authentique, c'est que tout est solennel en fait de mariage, le consentement des ascendants aussi bien que celui des futurs conjoints.

Un arrêt de la cour de Toulouse a jugé, conformément à ces principes, que le consentement donné par les père et mère aux conventions matrimoniales de leur enfant ne pouvait pas être considéré comme un consentement suffisant pour la célébration du mariage (1). M. Demolombe, tout en professant que l'article 73 *exige* que le consentement soit donné dans la forme authentique, dit sur l'arrêt de la cour de Toulouse : « Je ne voudrais pas ériger cette décision en principe, et j'aime mieux me borner à dire que ce sera là une question de fait (2). » Quoi! la question de savoir si le consentement est un acte solennel, ou s'il reste sous l'empire du droit commun, est une question de fait! S'il est vrai que la loi *exige* que le consentement se donne dans la forme authentique, comme l'enseigne M. Demo-

(1) Arrêt du 29 juillet 1828 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 109).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 84 et 78, nos 55 et 52.

lombe, peut-on, en ce cas, admettre un consentement tacite? Si le droit doit toujours abdiquer devant le fait, à quoi bon alors le droit, et pourquoi passons-nous notre vie à l'enseigner et nos veilles à l'interpréter?

320. L'acte de consentement donné par l'ascendant doit-il indiquer le nom de la personne avec laquelle le mariage sera contracté? ou peut-il donner à l'enfant le pouvoir de se marier avec qui il voudra, ou laisser le nom en blanc? On est étonné de voir qu'une pareille question soit discutée et qu'il y ait des auteurs qui hésitent à la résoudre négativement. Il y a une raison décisive pour la décider ainsi. Qu'est-ce que l'acte de consentement? Il tient lieu du consentement oral donné en présence de l'officier de l'état civil; il doit donc contenir les déclarations que l'ascendant ferait devant l'officier public, s'il se présentait en personne. Eh bien, est-ce que dans cette solennité le père dit qu'il consent au mariage de son enfant avec un homme ou une femme *en blanc?* Parlons sérieusement. Consentir, c'est approuver le mariage, après mûre délibération; et sur quoi porte cette délibération? Sur les qualités du futur ou de la future. Donner un consentement général ou en blanc, serait donc une mauvaise plaisanterie. Duranton croit néanmoins que le mariage ne pourrait pas être annulé, si le consentement était donné dans cette forme irrégulière (1). Mais ce prétendu consentement existe-t-il? Voilà la vraie question, et la question n'en est pas une. Non, un consentement général ou donné en blanc n'est pas un consentement; donc il y a nullité. M. Demolombe est de cet avis, mais il ajoute : « Je sais bien avec quelle répugnance les magistrats accueillent les actions en nullité de mariage, et je ne nie pas qu'il pourra souvent arriver, en pareil cas, que le mariage, une fois célébré, soit maintenu (2). » Si les tribunaux trouvent bon de se mettre audessus de la loi, ils ont tort, et le devoir de l'interprète est de les rappeler sans cesse à l'observation de la loi; pour mieux dire, il ne doit pas même supposer qu'ils pourraient la violer.

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 76, n° 91, 92.
(2) Demolombe, *Cours de codé Napoléon*, t. III, p. 82, n° 53.

321. Quand le consentement doit-il être donné? C'est au moment même où le mariage se célèbre que l'enfant mineur doit être assisté de son ascendant, à titre d'incapable. Si le consentement est donné par acte, il faut que l'ascendant le maintienne jusqu'au moment de la célébration. Jusque-là, il peut le révoquer, car il s'agit d'une manifestation de volonté purement unilatérale. De là suit que si l'ascendant venait à mourir ou s'il était frappé d'aliénation mentale, son consentement tomberait, et il faudrait à l'enfant le consentement de l'ascendant appelé à consentir au mariage, à défaut de celui qui est prédécédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Sur le principe, tout le monde est d'accord, et il ne saurait y avoir le moindre doute. Mais dans l'application, il y a des auteurs qui hésitent et qui finissent par s'écarter de la rigueur des principes qu'ils ont pour mission de maintenir. L'un suppose que l'ascendant révoque son consentement par acte notarié, mais ne notifie sa révocation qu'à l'enfant; le mariage est célébré. M. Demolombe est d'avis que ce mariage ne pourra pas être annulé, à raison de la bonne foi de l'autre époux (1). Qu'est-ce que la bonne foi a de commun avec le consentement? Il existe ou il n'existe pas; s'il est révoqué, il n'y a pas de consentement, et le mariage peut-il être valable sans le consentement des ascendants?

Marcadé suppose que le père, après avoir consenti, meurt. La mère est appelée à consentir; elle garde le silence; ce silence, dit-il, est une confirmation du consentement donné par le père (2). M. Demolombe et Zachariæ ont raison de rejeter cette opinion plus qu'étrange. Le consentement doit se donner lors de la célébration du mariage, et ce consentement est un acte solennel; il faut ou une déclaration en présence de l'officier de l'état civil, ou un acte authentique; le consentement ne peut donc pas se donner par voie de silence. Ce silence vaut confirmation, dit-on. Nous répondons que la confirmation suppose un acte vicié, et nul à raison du vice qui l'infecte. Où est,

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 85, n° 57.
(2) Marcadé, t. Ier, p. 396, n° 5. Demolombe, t. III, p. 85, n° 58. Zachariæ, t. III, p. 267, note 38, § 462.

dans l'espèce, le vice qui annule le consentement du père? Ce consentement n'existe pas, et peut-on confirmer le néant? Si l'on admettait la confirmation, ce serait le père qui consentirait. Or, le père est mort. Est-ce qu'un mort consent?

322. Si l'ascendant appelé à consentir refuse son consentement, y a-t-il lieu à recours devant les tribunaux? Dans l'ancien droit, on décidait que le juge pouvait, sur un avis du conseil de famille, autoriser le mineur à passer outre à la célébration du mariage, quand les parents ne donnaient aucune raison de leur refus ou en donnaient de mauvaises. Mais on n'admettait pas cette espèce d'appel comme règle; on ne permettait au juge de casser le refus que dans le cas où l'injustice en serait évidente. Pothier en rapporte plusieurs exemples (1). Cela était contraire aux vrais principes; car il en résultait que le juge consentait au mariage, tandis que, d'après la loi, c'est l'ascendant qui doit consentir. Sous l'empire du code, la question ne peut pas même être posée. Nos tribunaux ne jouissent plus de la latitude de pouvoir qu'on leur reconnaissait sous l'ancien régime : la loi est leur règle, et il ne leur est jamais permis d'en dévier.

§ II. *Du conseil des ascendants.*

N° 1. DES ACTES RESPECTUEUX.

323. Les fils ont besoin du consentement de leurs ascendants, jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, et les filles ont besoin de ce consentement jusqu'à l'âge de vingt et un ans. Quand ils ont atteint cette majorité, le consentement n'est plus requis pour la validité du mariage. Toutefois la loi veut qu'avant de se marier, les enfants demandent le conseil de leur père et de leur mère, ou celui de leurs aïeuls et aïeules, lorsque leurs père et mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté (art. 151). Pourquoi la loi oblige-

(1) Pothier. *Traité du contrat de mariage*, n° 332.

t-elle les enfants à demander le conseil de leurs ascendants, alors qu'ils sont parvenus à l'âge où ils peuvent se marier sans leur consentement? Les raisons que l'on donne ne sont pas toutes également décisives. Il faut d'abord écarter l'autorité paternelle, puisque, dans notre droit, elle cesse à la majorité des enfants. Le respect même qu'ils doivent à leurs ascendants n'est pas un motif déterminant, du moins au point de vue légal. On dit que les enfants doivent, à tout âge, honneur et respect à leurs ascendants. La loi le dit pour les père et mère (art. 371), elle ne le dit pas pour les aïeuls et aïeules. C'est donc le respect moral qu'il faut invoquer pour justifier, à ce point de vue, la nécessité du conseil. Il y a d'autres raisons, et, avant tout, l'intérêt de l'enfant. Même âgé de vingt et un ans ou de vingt-cinq ans, il peut se laisser entraîner par la passion qui aveugle, et contracter des liens qui seront peut-être le sujet d'amers regrets. Ce qui prouve que c'est là un des motifs déterminants, c'est que la loi veut que la demande de conseil soit renouvelée trois fois, tant que les fils ou les filles n'ont pas atteint l'âge de trente ou de vingt-cinq ans; tandis que, après cet âge, elle se contente d'une demande unique (art. 152 et 153). Enfin le législateur a tenu compte de l'intérêt de la famille, dont les ascendants sont les représentants par excellence. On lit dans le rapport du tribun Gillet : « Puisque le mariage est destiné à étendre les rameaux de la famille et que, par lui, les pères voient naître de leurs enfants un nouvel ordre de descendants, il est juste qu'ils ne demeurent pas étrangers à ce contrat, de qui dépend l'existence de leur postérité (1). »

Dans l'ancien droit, on donnait le nom de *sommation respectueuse* à ces demandes de conseil (2). Le code Napoléon dit que les enfants demanderont le *conseil* de leurs ascendants, par un *acte respectueux et formel;* de là l'expression d'*actes respectueux*, qui a remplacé celle de

(1) Gillet, Rapport au Tribunat, n° 1 (Locré, t. II, p. 429). Comparez l'Exposé des motifs de Bigot-Préameneu, n° 1 (Locré, t. II, p. 423 et suiv.).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Sommation respectueuse*.



mmation respectueuse. On doit, dit Bigot-Préameneu, éviter l'expression même de *sommation*, qui désigne mal un acte de soumission et de respect. En effet, le mot de *sommation* éveille l'idée d'un acte judiciaire emportant contrainte; ce sont les officiers ministériels chargés d'exécuter les ordres rigoureux de la justice qui *somment* les débiteurs de remplir leurs obligations. Ici, il ne s'agit ni de dette, ni de débiteur. Voilà pourquoi la loi a voulu écarter toute apparence de formes judiciaires. Ce ne sont pas les huissiers qui signifient les actes respectueux, la loi confie cette mission délicate aux notaires; par la nature même de leurs fonctions, ils sont dépositaires des secrets des familles; ce sont des amis qui serviront d'intermédiaires entre les enfants et leurs parents, et pourront, par leur influence, calmer les passions et ramener un rapprochement, et par suite la paix et la concorde (1).

324. A qui les enfants doivent-ils demander conseil? L'article 151 répond : « A leur père et à leur mère. » Cela suppose le refus des père et mère. Si le père consent, le mariage peut avoir lieu, sauf à prouver le dissentiment de la mère; et cette preuve n'exige point des actes respectueux proprement dits (2). Que si les père et mère refusent, l'enfant doit adresser un acte respectueux à l'un et à l'autre. Le texte est formel. Il est vrai que le consentement du père suffit pour le mariage; mais ici, il ne s'agit plus du consentement, il s'agit du *conseil* des ascendants; or, les motifs pour lesquels la loi exige le conseil du père s'appliquent également à la mère.

Lorsque les père et mère sont décédés, dit l'article 151, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les enfants doivent demander le conseil de leurs aïeuls et aïeules. La loi ne prévoit que le cas d'ascendants du même degré; alors tous doivent être consultés. Il va sans dire que s'il y a des bisaïeuls et des aïeuls, l'enfant ne doit demander que le conseil des aïeuls, c'est-à-dire de ceux

(1) Exposé des motifs, n° 5 (Locré, t. II, p. 426).
(2) Voyez plus haut, p. 421, n° 312.

qui seraient appelés à consentir à son mariage, s'il était mineur de vingt-cinq ou de vingt et un ans.

325. La loi prévoit le cas où l'ascendant à qui devrait être fait l'acte respectueux est absent. Elle décide qu'il sera passé outre à la célébration du mariage, en représentant le jugement qui a déclaré l'absence, ou, à défaut de ce jugement, celui qui a ordonné l'enquête. S'il n'y a pas encore eu de jugement, c'est-à-dire si l'on se trouve dans la première période de l'absence, il suffira d'un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu où l'ascendant a eu son dernier domicile connu; cet acte doit contenir la déclaration de quatre témoins appelés d'office par le juge de paix (art. 155).

L'avis du conseil d'Etat du 4 thermidor an XIII donne une nouvelle facilité pour la preuve de l'absence des ascendants. Si l'on ne peut pas la prouver, conformément à l'article 155 du code, parce que l'on ignore le dernier domicile des ascendants, dans ce cas, il sera procédé au mariage, sur la déclaration assermentée des futurs époux que le lieu du dernier domicile des ascendants leur est inconnu. Cette déclaration doit être certifiée, sous serment, par les quatre témoins qui assistent au mariage.

On suit également les dispositions du même avis, quant à la preuve du décès des ascendants.

326. L'article 155 a donné lieu à d'étranges questions (1). On suppose que la mère est morte et le père absent, mais que l'aïeul vit; on demande si les futurs époux peuvent se marier en prouvant l'absence de leur père, et sans faire d'actes respectueux à leur grand-père. D'après le texte de la loi, dit-on, il faut décider la question affirmativement. En effet, l'article 155 dit : « En cas d'absence de l'ascendant auquel eût dû être fait l'acte respectueux, il sera passé outre à la célébration du mariage, en représentant le jugement, etc. » Nous disons que c'est là une étrange question. Quel est l'objet de l'article 155? Est-ce de déterminer à quels ascendants l'enfant doit demander conseil? Du tout; c'est l'article 151 qui décide ce point,

(1) Comparez Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 403 et suiv., nos 1 et 2.

et sa décision, conforme au bon sens, est que si le père et la mère sont décédés, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, l'enfant doit demander le conseil de ses aïeuls et aïeules. Reste à constater cette impossibilité quand il y a absence. Tel est l'objet de l'article 155, complété par l'avis du conseil d'Etat de l'an XIII.

On demande encore si les enfants peuvent se marier sans faire d'actes respectueux, quand il n'y a pas d'ascendant en état de manifester sa volonté. Question plus étrange encore. A qui les enfants s'adresseraient-ils quand il n'y a personne là qui puisse leur répondre? Demanderont-ils conseil à un absent, à un aliéné? L'impossibilité de manifester sa volonté est assimilée à la mort, et quand tous les ascendants sont morts, il va sans dire, nous semble-t-il, que les futurs époux n'ont besoin ni de leur consentement, ni de leur conseil. Des questions pareilles ne devraient pas même être soulevées.

327. Les actes respectueux doivent être faits trois fois par les fils âgés de plus de vingt-cinq ans et de moins de trente, et par les filles âgées de plus de vingt et un et de moins de vingt-cinq. Après trente ou vingt-cinq ans, il ne faut plus qu'un seul acte respectueux. Telle est la décision des articles 152 et 153. Dans cette dernière disposition, il y a un vice de rédaction; il porte : « Après l'âge de trente ans, il pourra être, à défaut de consentement sur un acte respectueux, passé outre, un mois après, à la célébration du mariage. » La loi ne distingue pas entre les fils et les filles; dès lors, pourrait-on dire, l'interprète ne peut pas distinguer, et il faut par conséquent conclure des termes généraux de l'article 153, que les filles doivent faire trois actes respectueux, tant qu'elles n'ont pas atteint l'âge de trente ans. Cette interprétation est repoussée, et avec raison, par la doctrine et par la jurisprudence. La distinction que l'article 153 a négligé de faire se trouve dans l'article 152, lequel dit clairement que la fille ne doit renouveler les actes respectueux que depuis l'âge de vingt et un ans jusqu'à vingt-cinq. Donc la fille, comme le fils, peut se marier, après un acte respectueux, quand elle a atteint l'âge où elle n'est plus tenue de le répéter. C'est

ainsi que Bigot-Préameneu a expliqué la loi, et le bon sens suffirait pour justifier cette interprétation (1).

L'orateur du gouvernement nous dit aussi pourquoi l'acte respectueux doit être renouvelé jusqu'à vingt-cinq ou trente ans, et pourquoi un seul acte respectueux suffit après cet âge. D'après l'article 152, le renouvellement se fait de mois en mois, et le mariage ne peut être célébré qu'un mois après le troisième acte. Il faut, dit Bigot-Préameneu, donner aux parents et aux enfants l'occasion et le temps de s'expliquer; mais, d'un autre côté, il ne faut pas que le mariage soit suspendu trop longtemps. N'oublions pas que le consentement des ascendants n'est plus nécessaire, que les enfants sont majeurs quant au mariage, qu'ils ont donc le droit de se marier. Il ne faut pas que l'exercice de ce droit soit entravé et peut-être empêché par de trop longs délais. C'est pour concilier tous les intérêts que la loi prescrit le renouvellement des actes respectueux, mais en fixant de brefs délais. Le but du législateur est de veiller à ce que les enfants ne se livrent pas au premier mouvement de leur passion. A mesure que les enfants avancent en âge, ce danger est moins à craindre; voilà pourquoi, après trente ou vingt-cinq ans, il peut être passé outre à la célébration du mariage sur un seul acte respectueux (2).

328. Comment faut-il compter le délai d'un mois qui doit s'écouler entre chaque acte respectueux? Merlin a traité cette question avec la science et l'ampleur qui lui sont particulières (3); nous nous bornons à résumer ses décisions. L'article 1033 du code de procédure porte que le jour de la signification ni celui de l'échéance ne comptent pas dans le calcul des délais fixés pour les ajournements, citations, *sommations* et autres actes faits à personne ou domicile. Faut-il appliquer cette règle aux actes respectueux qui sont aussi qualifiés de *sommations?* Non,

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Acte respectueux*, § 2, 3ᵉ question.
(2) Exposé des motifs, nº 4 (Locré, t. II, p. 426).
(3) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Acte respectueux*, § 2, 1ʳᵉ question; *Répertoire*, au mot *Délai*, section Iʳᵉ, § 3, et au mot *Mois*. Comparez Dalloz, au mot *Mariage*, nºˢ 142 et 143.



car l'article 1033 ne concerne que les actes de procédure; il est donc étranger aux demandes de conseil, actes dans lesquels on a voulu éviter toute forme judiciaire. Dès lors, la question doit se décider par le texte de l'article 152 et par les principes généraux. Or, la loi disant que les actes doivent être renouvelés *de mois en mois*, il faut compter de quantième à quantième, de sorte qu'un acte respectueux fait le 1er juin peut être renouvelé le 1er juillet suivant, tandis que, d'après le code de procédure, il ne pourrait l'être que le 2.

Faut-il que le mois soit rigoureusement de trente jours? Non, on suit le calendrier grégorien, d'après lequel les mois sont d'inégale durée. C'est donc date pour date que les mois se comptent : l'acte respectueux fait le 3 février peut être renouvelé le 3 mars.

Les actes respectueux peuvent, du reste, se faire après l'expiration du mois; cela est irrégulier, il est vrai, mais la loi ne prononce pas la nullité, et l'irrégularité n'est pas assez grave pour que l'interprète puisse admettre la nullité, en se fondant sur la volonté du législateur. De même, le mariage peut être célébré plus d'un mois après le dernier acte respectueux. La loi ne contient aucune disposition prohibitive, et le juge ne peut pas en créer.

N° 2. EN QUOI CONSISTE L'ACTE RESPECTUEUX.

329. Chose singulière! on ne sait pas en quoi consiste l'acte respectueux; du moins la question est controversée, bien que, à notre avis, il n'y ait pas lieu à controverse. Dans la pratique notariale, on distingue l'acte respectueux et l'acte de notification. Quand les notaires sont accompagnés de l'enfant qui demande conseil à son ascendant, il suffit d'un seul acte pour exprimer la demande et en constater la notification. Si l'enfant n'est pas présent, on exige deux actes; d'abord l'acte respectueux, rédigé dans l'étude du notaire, en présence de l'enfant qui le requiert; puis l'acte de notification, qui se fait au domicile de l'as-

cendant et auquel l'enfant ne doit pas assister. Il y a des arrêts en ce sens (1).

Nous préférons l'opinion contraire, consacrée par un arrêt de la cour de Bruxelles (2). La demande de conseil et la notification ne font qu'un seul et même acte. Qu'est-ce, en effet, que l'acte respectueux? L'article 151 nous le dit. C'est l'enfant qui demande conseil à ses ascendants. Comment cela se fait-il? *Par un acte respectueux et formel*. Qui rédige cet acte? Le notaire; c'est lui qui le notifie, dit l'article 154, et qui en dresse procès-verbal. Qu'est-ce que *notifier l'acte respectueux?* C'est demander le conseil de l'ascendant au nom de l'enfant. La demande de conseil est donc l'essence de l'acte respectueux; le procès-verbal n'est requis que pour constater que le conseil a été demandé. Tout se passe par conséquent au domicile de l'ascendant. Il y a une contradiction dans l'opinion contraire. Quand l'enfant est présent, on se contente d'un acte. Or, l'enfant est toujours présent, soit en personne, soit représenté par le notaire. Pour être logique, il faudrait toujours exiger deux actes. Cela serait absurde quand l'enfant se présente en personne pour demander conseil. La chose est tout aussi absurde quand l'enfant se présente par l'organe du notaire (3).

330. Si l'enfant n'accompagne pas le notaire, faut-il qu'il lui donne un pouvoir par un mandat exprès? Il y a des arrêts pour et contre. Les cours de Belgique se prononcent pour la négative (4). Il va sans dire que le notaire doit être requis par l'enfant, et par conséquent il faut un mandat. Mais la question est de savoir s'il faut que ce pouvoir soit constaté par un acte. Rappelons-nous que le notaire remplace l'huissier. Or, faut-il que, pour chaque acte que l'huissier signifie, il soit muni d'un pouvoir spé-

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 152.

(2) Arrêt du 11 juin 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 257).

(3) Demolombe adopte cet avis, mais avec un *peut-être* (*Cours de code Napoléon*, t. III, p. 105, n° 75).

(4) Arrêt de Gand du 29 décembre 1854 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 262). Arrêts de Liége du 10 décembre 1828 et du 23 décembre 1829 (*Pasicrisie*, 1828, 370; 1829, 338). Arrêts de Bruxelles du 29 mars 1820 et du 27 janvier 182[illegible] (*Pasicrisie*, 1820, 94; 1827, 37).

cial constaté par acte notarié? Personne n'a jamais songé à une pareille exigence, par la raison très-simple que les officiers ministériels impriment l'authenticité aux déclarations qu'ils ont mission de faire; quand donc un huissier fait une sommation en déclarant qu'il la fait au nom de telle personne, foi est due à cette énonciation. Ce qui est vrai des huissiers est vrai du notaire. Cela est au-dessus de tout doute, dit Merlin (1).

A plus forte raison ne faut-il pas que l'enfant se fasse représenter par un fondé de pouvoir spécial. On est étonné qu'une cour ait décidé le contraire. La mission du notaire n'est-elle pas de représenter l'enfant? A quoi bon dès lors un second représentant? La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées en ce sens (2).

331. Nous avons supposé jusqu'ici que la présence de l'enfant, lors de la notification de l'acte respectueux, n'était pas requise. La question est aussi controversée, et sur ce point il y a au moins lieu à discussion. Pothier enseigne formellement que l'enfant doit se transporter chez ses père ou mère avec deux notaires, ou un notaire et deux témoins, et là, les requérir de lui donner leur consentement, de laquelle réquisition le notaire dresse un acte. C'est ce que, dit Pothier, on appelle *sommation respectueuse* (3). Le code ne s'exprime pas ainsi, il est vrai, mais il semble exiger que les enfants demandent le conseil de leurs ascendants (art. 151). Cela résulte de l'exposé des motifs. « La loi, dit Bigot-Préameneu, cherche à éclairer les père et mère sur les préventions et les préjugés qu'ils peuvent avoir, les enfants sur la passion qui peut les égarer. Les *rapprocher les uns des autres* plusieurs fois, laisser de part et d'autre à la raison et à l'affection le temps d'exercer leur influence, c'est un moyen que la nature elle-même indique. Lorsque ce sont des pères et mères *vis-à-vis de leurs* enfants, *se voir* et *entrer en explication*, c'est presque toujours dissiper les nuages et rétablir

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Acte respectueux*, § 3, 10e question.
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 150.
(3) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 340.

l'harmonie (1). » Il y a des arrêts qui, en se fondant sur ce commentaire en quelque sorte authentique de la loi, ont décidé que l'enfant doit accompagner le notaire (2).

L'opinion contraire est plus généralement suivie et par la doctrine et par la jurisprudence. Merlin l'a mise au-dessus de toute contestation dans un de ses lumineux réquisitoires. La pratique de l'ancien droit n'était pas conforme à l'opinion de Pothier; presque jamais, dit Houard, le notaire n'est accompagné des enfants. Tel étant l'usage général, il faudrait un texte bien formel pour que l'on pût admettre que le législateur a innové. Or, il n'y a pas un mot dans le code d'où l'on puisse inférer que l'enfant doive être présent. L'article 151 ne dit pas, comme on le lui fait dire, que c'est l'enfant qui demande conseil; il dit que l'enfant doit demander conseil *par un acte respectueux et formel*, et l'article 154 ajoute que cet acte est notifié par deux notaires ou par un notaire et deux témoins. Tout, d'après le code, se fait donc par le notaire. Il y a plus. L'article 154 veut que le notaire fasse mention de la réponse dans le procès-verbal qu'il dresse; si l'enfant devait être présent, il entendrait lui-même la réponse; c'est parce que sa présence n'est pas nécessaire que la loi prescrit cette mention, par laquelle il apprendra quelles sont les objections de son ascendant contre l'union qu'il se propose de contracter. Quant à l'interprétation que Bigot-Préameneu donne à la loi, il faut dire qu'elle n'est pas en harmonie avec le texte et que partant elle n'a aucune valeur (3).

332. Le notaire doit-il notifier les actes respectueux à la personne de l'ascendant, ou peut-il faire la signification à domicile? D'après le droit commun, la question n'en serait pas une, tout acte pouvant, en principe, être signifié au domicile. Mais l'acte respectueux est un acte tout spécial. C'est une demande de conseil; or, demande-t-on conseil au domicile? Pourquoi la loi fait-elle intervenir un

(1) Exposé des motifs, n° 4 (Locré, t. IV, p. 426).
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 148.
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Sommation respectueuse*, n° 3. Dalloz, au mot *Mariage*, n° 149.

notaire au lieu d'un huissier? Parce qu'elle espère que, comme ami de la famille, il y pourra rétablir la paix et l'harmonie. Cela se peut-il si le notaire se borne à notifier l'acte respectueux au domicile? Enfin, l'article 154 veut qu'il fasse mention de la réponse de l'ascendant. Cela n'est-il pas décisif? Oui, cela est décisif quant à l'esprit de la loi. Il est certain que le notaire doit demander à voir l'ascendant, car ce n'est pas un acte de procédure qu'il lui signifie, c'est une délibération, une discussion qu'il demande. Mais il est évident aussi que si l'ascendant refuse de recevoir le notaire, ou s'il s'absente pour ne pas le recevoir, le notaire pourra se borner à faire la signification au domicile. L'enfant a le droit de se marier sans le consentement de l'ascendant; il est seulement tenu de lui demander conseil; si celui-ci refuse d'entrer en explication, le droit de l'enfant reprend toute sa force ; l'obstination ou le mauvais vouloir de l'ascendant ne saurait en empêcher l'exercice. Telle est la doctrine, et la jurisprudence est aussi en ce sens (1).

333. Il y a cependant des arrêts qui ont dépassé la loi, disons mieux, qui ont fait une loi nouvelle. La cour de Montpellier a décidé que les tribunaux peuvent ordonner que la fille se rendra, pendant un temps déterminé, dans un domicile que ses père et mère lui indiqueront, et où ils auront la liberté de la voir et de lui donner leurs conseils; dans l'espèce, la fille s'était retirée chez celui qu'elle se proposait d'épouser. De même, la cour de Paris a jugé que si une fille a quitté la maison paternelle pour se réfugier chez des parents qui vivent en mésintelligence avec son père et sa mère, le tribunal peut ordonner qu'elle se retirera dans une maison désignée par le président (2). M. Demolombe suit la jurisprudence dans cette voie dangereuse; il imagine une espèce de convention par laquelle la fille s'oblige à se retirer pendant un certain délai dans un couvent, pour y recevoir les conseils de son père; il déclare cette convention obligatoire, et décide

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 172.
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 165.

que le mariage ne pourra pas être célébré avant l'expiration de ce délai, sans l'agrément du père (1).

Nous répondrons à ces étranges doctrines, avec la cour de Bruxelles : « Il ne faut pas que le juge soit plus sage ni plus sévère que la loi (2). » Nous ajouterons qu'il ne faut surtout pas que l'interprète viole la loi en voulant être plus sage que le législateur. La cour de cassation a raison de dire qu'il y a excès de pouvoir de la part d'un tribunal qui ordonne à une fille majeure de quitter la résidence qu'elle s'est choisie, et de se retirer chez une parente, pour ensuite comparaître devant le président et y être entendue en présence de son père (3). Le majeur ne peut-il pas se choisir un domicile? Et de quel droit le juge lui commanderait-il de le quitter? Les enfants, majeurs quant au mariage, ont le droit de se marier malgré leurs parents. De quel droit le juge les soumettrait-il à de nouvelles épreuves? de quel droit prolongerait-il les délais après lesquels le mariage peut être célébré? On dit que la volonté de l'enfant n'est pas libre et que par conséquent l'acte respectueux est vicié dans son essence. Si l'enfant n'est réellement pas libre, que l'on attaque l'acte et que l'on prouve le défaut de liberté; le tribunal pourra l'annuler. Que dire de la singulière convention imaginée par M. Demolombe? Le mariage n'est-il pas d'ordre public? et les particuliers sont-ils libres de déroger par leurs conventions aux lois qui intéressent l'ordre public? A force de vouloir faire mieux que la loi, on finit par oublier les principes les plus élémentaires de droit. Nous recommandons aux auteurs et aux tribunaux cette maxime de Merlin sur les questions que nous agitons : « La loi, toute la loi, rien que la loi (4). »

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 105, n° 74.
(2) Arrêt du 11 juin 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 257).
(3) Arrêt du 21 mars 1809 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 167, 5°).
(4) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Acte respectueux*, § 3, 14° question. Il y a beaucoup d'arrêts en ce sens (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 166).

N° 3. DE LA NULLITÉ DES ACTES RESPECTUEUX.

324. Y a-t-il des formalités prescrites sous peine de nullité? Et s'il y a nullité, quelle en est la conséquence? Le code ne contient aucune disposition sur ces questions. Elles doivent donc être décidées d'après les principes généraux. Nous avons dit, en traitant la question des nullités, que la jurisprudence et la doctrine admettent des nullités virtuelles, c'est-à-dire des nullités fondées sur la volonté tacite du législateur; et on décide qu'il y a volonté tacite quand des formes substantielles à l'acte n'ont pas été accomplies (1). La cour de Gand a appliqué ces principes aux actes respectueux ; elle a jugé qu'ils peuvent être déclarés nuls quand des formalités qui tiennent à leur substance n'ont pas été observées (2). Reste à savoir quelles formalités sont substantielles.

325. Il y a un cas dans lequel il ne peut pas y avoir de doute. Si l'acte respectueux n'était pas notifié par un notaire, il serait nul; pour mieux dire, il serait inexistant. Nous avons dit les raisons pour lesquelles la loi charge les notaires de cette mission délicate ; elles tiennent à l'essence même des actes respectueux. Et comme c'est un officier public qui doit intervenir, il en résulte que l'acte est solennel. Or, dans les actes solennels, la présence de l'officier désigné par la loi est requise pour l'existence même de l'acte. Cela est élémentaire. Aussi la jurisprudence n'offre-t-elle pas d'exemple de l'inobservation de cette forme substantielle.

Puisque c'est un notaire qui notifie l'acte respectueux et qui doit dresser procès-verbal de cette notification (art. 154), il en résulte que cet acte est un acte notarié, dans la rédaction duquel le notaire doit observer les formalités établies par la loi de ventôse. D'où suit que l'acte sera nul si une formalité prescrite sous peine de nullité n'a pas été remplie. La jurisprudence est constante;

(1) Voyez le tome Ier de ces *Principes*, p. 103, n° 68.
(2) Arrêt du 29 décembre 1854 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 262). Comparez Merlin, *Questions de droit*, au mot *Acte respectueux*, § 3 (t. Ier, p. 70).

elle prononce la nullité, quelque peu importantes que paraissent les formalités. Quand la loi a prononcé, le juge n'a plus à examiner l'importance des formes. Ainsi il a été jugé qu'un acte respectueux est nul quand les témoins ne sont pas domiciliés dans l'arrondissement où l'acte est rédigé (1). A plus forte raison y a-t-il nullité quand l'acte respectueux ne mentionne pas l'assistance des deux témoins requis par le code Napoléon, aussi bien que par la loi de ventôse (2). L'observation des formalités doit être constatée par l'acte même; de sorte qu'il faudrait déclarer nul l'acte respectueux qui n'indiquerait pas le domicile des témoins, quand même il y aurait des probabilités, résultant des divers actes respectueux, que la loi a été observée. C'est ce que Merlin établit très-bien contre un arrêt de la cour de Bruxelles qui avait validé l'acte en se fondant sur des présomptions (3).

336. Le notaire doit délivrer une copie de l'acte à l'ascendant, et si l'acte est notifié à plusieurs ascendants, il faut qu'il remette une copie à chacun d'eux; car chacun d'eux doit être consulté, et il faut une preuve que le conseil de chacun a été demandé. Il y a là une double cause de nullité. Supposons d'abord que l'acte respectueux ne soit fait qu'au père et non à la mère, il serait nul, quand même il porterait qu'il est fait tant pour lui que pour la mère. Il y aurait nullité. En effet, l'article 154 veut que l'acte respectueux soit notifié à celui ou à ceux des ascendants désignés en l'article 151, et l'article 151 dit que les enfants de famille ayant atteint la majorité fixée par l'article 148 sont tenus de demander le conseil de leur père *et* de leur mère. Il faut donc que la notification soit faite à la mère comme au père; si elle n'est faite qu'à l'un des deux, elle est nulle (4). Peu importe que la notification soit faite au père, tant en son nom qu'en celui de son épouse; ce n'est pas là une demande de conseil adressée à la mère,

(1) Arrêt d'Angers du 20 janvier 1809 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 158).
(2) Arrêt de Lyon du 23 décembre 1831 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 142, 2°).
(3) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Acte respectueux*, 7° question.
(4) Arrêt de Caen du 7 janvier 1814 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 171, 1°).

et la mère, n'étant pas consultée, ne peut pas donner son conseil ; donc il n'y a pas d'acte respectueux en ce qui la concerne : c'est plus que nullité (1).

Il ne suffit pas que le conseil soit demandé, il faut aussi une preuve légale qu'il l'a été. Cela est de droit commun pour toute notification. Si donc il y a lieu de demander le conseil du père et de la mère, il faut, sous peine de nullité, qu'une copie soit laissée à chacun d'eux (2). Quand les père et mère ne se présentent pas lors de la notification, il faut que le notaire laisse une copie pour chacun d'eux ; une copie unique, portant qu'elle est laissée pour les père et mère, ne remplirait pas le vœu de la loi. La mère et le père ont un droit individuel à donner à leur enfant les conseils qu'il doit leur demander ; peu importe qu'ils soient absents, il faut du moins qu'il soit constaté légalement que l'enfant les a mis à même de lui donner conseil (3). C'est ce que Merlin établit fort bien contre un arrêt de la cour de Bruxelles, qui était partie de ce faux principe qu'une seule copie suffit, lorsqu'un acte est signifié à plusieurs individus ayant le même domicile, pour une affaire qui leur est commune, quoique chacun y ait un intérêt distinct et personnel. Il y a plus qu'un intérêt, il y a un droit, et quand le droit est méconnu, il faut dire que l'acte est plus que nul ; en réalité, il n'existe pas, car un acte solennel n'existe que lorsqu'il a été constaté légalement (4).

337. L'acte respectueux est en essence un acte par lequel l'enfant demande le conseil de ses ascendants. C'est donc lui qui est partie principale, c'est lui qui doit parler, c'est lui qui doit prier ses ascendants de lui donner conseil pour le mariage qu'il se propose de contracter, et auquel ceux-ci refusent de consentir. Si la loi ne lui fait pas une obligation de requérir ce conseil en personne, c'est qu'elle craint des scènes fâcheuses entre un père irrité et un enfant dominé par la passion. Mais du moins faut-il que le

(1) Arrêt de Douai du 25 janvier 1815 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 171, 3°).
(2) Arrêt de Paris du 10 mars 1825 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 177).
(3) Arrêt d'Amiens du 18 janvier 1840 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 180).
(4) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Acte respectueux*, § 3, 3e question.

notaire parle en son nom, et place dans la bouche de l'enfant la réquisition faite au père. Sans demande directe de conseil, l'acte est nul. Si donc l'enfant a donné pouvoir au notaire de demander le conseil de ses ascendants, et que le notaire se borne à lire ce mandat, il n'y a réellement pas d'acte respectueux. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point (1).

La demande de conseil doit être *renouvelée* deux fois, dit l'article 152, tant que l'enfant n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ou de trente ans. Qu'entend-on par ce *renouvellement?* Le mot même le dit : c'est une nouvelle demande de conseil. Il ne suffit donc pas, comme l'a décidé une cour, de donner copie du premier. La doctrine et la jurisprudence se montrent plus exigeantes; pour mieux dire, le texte et l'esprit de la loi veulent que le notaire fasse chaque fois un acte *nouveau*. Il est dans l'esprit de la loi que ces nouveaux actes ne soient pas la simple répétition du premier; les convenances exigent que le fils fasse connaître les raisons pour lesquelles il persiste dans son projet, malgré le refus de l'ascendant. Si donc le notaire se borne à signifier copie du premier acte, il y a nullité (2).

Les tribunaux sont disposés, en cette matière, à dépasser les exigences de la loi; on les voit presque toujours prendre parti pour les ascendants contre les enfants. C'est un sentiment louable, mais le juge n'a pas le droit d'écouter son cœur, il doit être impassible comme la loi; si on lui permettait de s'en écarter, il pourrait parfois céder à de mauvaises inspirations. Il a été jugé que les actes respectueux faits en vertu d'une procuration générale de les renouveler sont nuls comme irrévérenciels; donner d'avance le pouvoir de renouveler les actes, n'est-ce pas déclarer la volonté de rester sourd à toutes les représentations que l'ascendant pourra faire? Il y a plusieurs arrêts en ce sens; mais il y en a aussi pour l'opinion contraire, qui est celle de Merlin. Si réellement il résultait de

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Acte respectueux*, § 3, 1re question. Voyez les arrêts dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 160.
(2) Arrêt de Rennes du 9 octobre 1818 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 168).



la procuration générale donnée par l'enfant qu'il y a irrévérence de sa part, l'acte serait nul, car il ne serait plus respectueux. Mais le fait seul d'un pouvoir général n'implique pas un manque de respect. Il faut se placer dans la réalité des choses. Quand l'enfant fait des actes respectueux, c'est après un long conflit avec ses parents : les ascendants sont décidés à ne pas céder, et l'enfant est décidé à persister. L'enfant sait tout ce que ses parents lui diront; quoi de plus naturel dès lors que de charger un notaire de faire tous les actes respectueux? Cela n'empêchera pas le notaire de lui communiquer les réponses de l'ascendant; donc, à la rigueur, l'enfant pourra revenir à de meilleurs sentiments, et révoquer le pouvoir qu'il a donné (1).

338. Il est encore de l'essence de l'acte respectueux qu'il soit rédigé dans des termes qui témoignent le respect que l'enfant doit conserver pour ses ascendants, alors même que ceux-ci s'opposent à ses désirs. Voilà pourquoi la loi évite de se servir du mot de *sommation;* l'enfant prie, il ne somme pas. L'acte est-il révérencieux? ne l'est-il pas? C'est une question de fait que les tribunaux jugent souverainement. Ici encore ils doivent se tenir en garde contre une rigueur excessive. Il ne suffit pas que l'enfant manifeste la ferme volonté de persister dans son projet de mariage, en disant que cette union fera seule son bonheur, pour qu'on puisse le taxer d'irrévérence. Comme on l'a dit, l'acte respectueux n'est autre chose que l'expression de la volonté de l'enfant décidé à passer outre. Tout ce que l'on peut exiger, c'est qu'il exprime sa volonté dans des termes respectueux. Si le langage est irrespectueux, l'acte est nul; le mot même d'*acte respectueux* le dit. On a soutenu que si le notaire se sert du mot *sommation*, il y a nullité, à cause d'irrévérence. La cour de cassation, sur les conclusions de Merlin, a repoussé ces exigences. Dans l'ancien droit, on se servait du mot *sommation*, c'est donc un de ces mots techniques qui par eux-mêmes n'impliquent aucune

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Acte respectueux*, § 1, 19e question. Dalloz, au mot *Mariage*, nos 156 et 157.

irrévérence. Bien entendu que le langage que tient l'enfant ne doit pas être celui du créancier qui somme son débiteur de remplir ses obligations. Dans l'espèce soumise à la cour, l'enfant, tout en employant l'expression malsonnante de sommation, ajoutait qu'il priait et suppliait humblement ses père et mère, avec tout le respect possible, de vouloir bien consentir à son mariage. Ce langage corrigeait ce que le mot de *sommation* a d'inconvenant (1).

339. Les parents se plaignent souvent que l'acte respectueux n'est pas l'expression de la libre volonté de leur enfant. On a annulé des actes respectueux, comme faits sans liberté, par la seule raison que la fille qui les adressait à ses père et mère s'était retirée chez celui qu'elle se proposait d'épouser. Cette fille, dit la cour de Montpellier, a choqué les bonnes mœurs, et elle a renoncé à toute liberté par l'ascendant qu'elle a laissé prendre sur sa volonté. Cela suffit, dit la cour d'Aix, pour laisser des doutes sur sa vraie volonté, puisqu'elle s'est placée sous la dépendance d'un homme qui avait déjà prouvé son ascendant sur elle, en obtenant par deux fois qu'elle abandonnât pour lui le domicile paternel; il faut donc croire que c'est plutôt la manifestation de la volonté de cet homme que la sienne qui est exprimée dans les actes respectueux (2). Il y a un côté vrai dans ces décisions. L'acte respectueux doit certainement être l'expression de la libre volonté de l'enfant; le défaut de liberté le vicie donc et l'annule. Mais la violence morale doit être prouvée; or, les cours de Montpellier et d'Aix, au lieu de demander la preuve des faits de violence, ont décidé par voie de présomption qu'il n'y avait pas de liberté. Cela est contraire aux principes les plus élémentaires sur les preuves. L'enfant majeur est libre de quitter le domicile de son père; peut-on dire qu'il n'est pas libre quand il fait ce qu'il a le droit de faire? Nous préférons une décision de la cour de Gand. La mère, à laquelle des actes respectueux avaient été notifiés, soutenait que sa fille ne jouissait pas de la

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Sommation respectueuse*, n° 3. Comparez les arrêts rapportés dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 164.
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 165, 1°.



liberté d'esprit et d'action essentiellement nécessaire quand il s'agit de mariage; elle citait des faits qui parurent à la cour pertinents et concluants. Si, dit l'arrêt, il était établi que la fille n'était pas libre, l'acte respectueux devrait être considéré comme non avenu. En conséquence, la cour admit la preuve des faits articulés (1). En ce sens, il est très vrai de dire que l'acte respectueux est nul, si l'enfant au nom duquel le notaire le fait, n'est pas libre.

340. Quelle est la conséquence de l'annulation des actes respectueux? Les actes annulés ne produisant aucun effet, le mariage ne pourra pas être célébré. Il va sans dire que l'enfant dont les actes respectueux ont été annulés peut en faire de nouveaux, et s'ils sont réguliers, il sera procédé à la célébration du mariage. Si l'officier de l'état civil célébrait le mariage, malgré l'annulation des actes respectueux, le mariage ne pourrait pas être attaqué, comme nous le dirons plus loin, mais l'officier serait passible des peines établies par le code pénal. Nous allons voir en quoi consiste cette sanction.

§ III. *Des enfants naturels.*

341. L'ancien droit était très-dur pour les enfants naturels; il ne leur accordait aucune protection, alors même que, mineurs, ils voulaient contracter mariage; ils pouvaient se marier sans consentement aucun; la loi, dit Portalis, les abandonnait à leur libre arbitre, dans un âge où il est si difficile de se défendre contre les autres et contre soi-même. Cet abandon où on laissait les enfants naturels tenait à l'idée de puissance paternelle qui régnait dans la jurisprudence; le consentement au mariage était considéré comme un effet du domaine que le droit romain reconnaissait au père sur ses enfants; or, cette singulière propriété ne résultait que du mariage; les enfants naturels étaient hors de la puissance de leurs père et mère, par suite ils n'avaient pas besoin de leur consentement pour se marier.

(1) Arrêt du 27 décembre 1850 *Pasicrisie*, 1851, 2, 39).

Portalis a raison de qualifier d'inouï ce prétendu droit de propriété que le père avait sur ses enfants. Notre législation moderne procède d'un tout autre principe : la puissance paternelle est moins un droit qu'un devoir, devoir d'élever l'enfant, devoir de le protéger. C'est l'enfant qui a droit à être guidé, conseillé, surtout quand il s'agit de l'acte le plus important de sa vie. Au point de vue du consentement requis pour le mariage, il n'y a donc aucune raison de faire une différence entre les enfants naturels et les enfants légitimes (1). C'est en ce sens que l'article 158 porte : « Les dispositions contenues aux articles 148 et 149, et les dispositions des articles 151, 152, 153, 154 et 155, relatives à l'acte respectueux qui doit être fait aux père et mère dans le cas prévu par ces articles, sont applicables aux enfants naturels légalement reconnus. »

Il y a cependant une différence entre les enfants naturels et les enfants légitimes. On voit par le texte que nous venons de transcrire que la loi leur déclare applicables les dispositions qui concernent le consentement des père et mère, et les actes respectueux qui doivent leur être faits. A cet égard, il y a parité complète entre les enfants naturels et les enfants légitimes. Mais la loi ne mentionne pas l'article 150, qui exige le consentement des aïeuls et aïeules. C'est que les enfants naturels n'ont pas d'ascendants autres que les père et mère qui les reconnaissent, comme nous le verrons en traitant de la filiation. Il résulte de là que les enfants naturels dont les père et mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, peuvent se marier sans consentement à l'âge de vingt et un ans, alors même qu'il y aurait des aïeuls et des aïeules; ils ne devraient pas davantage faire des actes respectueux, par la raison que ces aïeuls et aïeules leur sont étrangers.

342. La loi ne parle que des enfants naturels *légalement reconnus*. S'ils ne sont pas reconnus, ils n'ont pas de filiation, et, par suite, ils sont dans l'impossibilité de demander le consentement ou le conseil de leurs parents. A défaut de la protection paternelle qui leur fait défaut,

(1) Portalis, Exposé des motifs (Locré, t. II, p. 383, n° 16).

la loi leur assure une protection spéciale; aux termes de l'article 159, « l'enfant naturel qui n'a point été reconnu, et celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, ne pourra, avant l'âge de vingt et un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur *ad hoc* qui lui sera nommé. » La loi n'appelle pas le conseil de famille à consentir au mariage de l'enfant naturel, parce que l'enfant naturel non reconnu n'a point de famille. Voilà pourquoi, dit Portalis, on leur nomme un *tuteur spécial*, chargé d'acquitter à leur égard la dette de la nature et de la patrie.

Ni le code, ni Portalis ne disent par qui ce tuteur sera nommé. Presque tous les auteurs enseignent qu'il est nommé par le conseil de famille, et que ce conseil se compose de personnes ayant eu des relations d'amitié avec le père ou la mère; ou, si l'enfant n'a pas été reconnu, de personnes connues pour l'intérêt qu'elles portent à cet enfant (1). Cela est tout à fait arbitraire. Il est vrai que quand il s'agit du conseil de famille d'enfants légitimes, la loi permet d'y appeler des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur, dans le cas où il n'y a pas de parents en nombre suffisant. Ce n'est donc que pour compléter le conseil que le juge de paix est autorisé à faire appel aux amis des père et mère. Mais l'enfant naturel n'a pas de parents, dans l'espèce; ce serait donc un conseil de famille composé sans aucun membre d'une famille qui légalement n'existe pas. Cela nous paraît inadmissible. Il y a une autorité plus compétente que ce prétendu conseil de famille, c'est le tribunal. Pourquoi les magistrats ne serviraient-ils pas de protecteurs à l'enfant qui n'en a pas (2)? Il y a lacune dans la loi, et dans le silence de la loi, les tribunaux sont appelés à statuer.

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 407.
(2) C'est l'opinion de Ducaurroi, Bonnier et Roustain, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, t. Ier, p. 155

§ IV. *Consentement du conseil de famille.*

343. L'article 160 porte : « S'il n'y a ni père ni mere, ni aïeuls ni aïeules, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt et un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille. » Pour les filles, l'article 160 maintient le droit commun : dès qu'elles sont âgées de vingt et un ans, elles peuvent se marier sans le consentement de leurs ascendants, sauf à demander leur conseil, ce qui devient impossible quand les ascendants sont morts, absents ou en état de démence. Quant aux fils, l'article 160 revient au droit commun, dont la loi s'écarte quand il y a des ascendants. La majorité de vingt-cinq ans est réduite à la majorité ordinaire, lorsque, à défaut d'ascendants, l'enfant a besoin du consentement de la famille. On conçoit la raison de la différence : l'enfant ne doit pas aux collatéraux le respect qu'il doit à ses ascendants, et les collatéraux n'ont pas cet intérêt moral que les ascendants ont au mariage de leur descendant.

344. La délibération du conseil de famille qui refuse le consentement doit-elle être motivée, et y a-t-il lieu à appel? Les deux questions se tiennent. Aux termes de l'article 883 du code de procédure, lorsque les délibérations du conseil de famille ne sont pas unanimes, l'avis de chacun de ses membres est mentionné au procès-verbal. La loi ajoute que le tuteur, subrogé tuteur ou curateur, et même les membres de l'assemblée, pourront se pourvoir contre la délibération. On demande si cette disposition s'applique à la délibération qui porte refus de consentir au mariage. Il faut décider qu'en aucun cas le refus du conseil ne doit être motivé, et qu'il n'y a jamais lieu à un recours contre ce refus. La raison en est très-simple. Le code civil n'exige pas que le conseil donne les motifs de son refus, et il n'autorise pas l'enfant à réclamer. Cela

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Empêchements de mariage*, § 5, article 2, n° 14. Demolombe, t. III, p. 116, n° 86.



décide la question. L'interprète ne peut pas prescrire des conditions que la loi n'établit pas, il ne peut pas ouvrir des recours que la loi n'autorise pas. Quant au code de procédure, il ne reçoit pas d'application au refus de consentement; il parle des *avis* de parents; or, le consentement n'est pas un avis, c'est un acte d'autorité ou, si l'on veut, de protection, pour lequel le conseil de famille remplace les ascendants; le refus des ascendants étant péremptoire, il en doit être de même de celui de la famille. Dès lors, il ne peut être question ni de le motiver, ni d'interjeter appel. C'est l'opinion assez généralement suivie.

On objecte qu'il en était autrement dans l'ancien droit. Cela est vrai, mais il faut ajouter qu'il y avait aussi un recours contre le refus de consentement des ascendants. Le recours était donc de droit commun, tandis que, dans le droit moderne, il n'y a plus d'appel contre la décision des ascendants; le recours contre le refus de la famille serait donc une exception; or, les exceptions n'existent qu'en vertu d'un texte formel. Toullier dit que le refus des collatéraux pourrait avoir pour motif un intérêt personnel aux opposants (1). Il est vrai que l'on ne peut pas avoir dans les collatéraux la même confiance que dans les ascendants; la loi elle-même fait une différence considérable entre eux, en matière d'opposition au mariage. Mais quand il s'agit du consentement, elle n'en fait d'autre que celle que nous avons constatée, c'est de revenir à la majorité ordinaire pour les fils. Le silence du code est donc décisif.

La cour de Liége avait d'abord jugé dans le sens de Toullier. Elle est revenue de cette opinion, et s'est prononcée pour la doctrine de Merlin, que nous venons d'exposer (2).

§ V. *Sanction.*

345. Les dispositions qui exigent le consentement des ascendants ou de la famille ont une double sanction. Si

(1) Toullier, *Le Droit civil français*, t. Ier, p. 460, n° 547.
(2) Arrêt de la cour de Liége du 10 avril 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 178).

le mariage a été célébré sans que le consentement ait été donné, il y a nullité. Il y a, de plus, une sanction pénale.

Si les actes respectueux n'ont pas été faits, l'officier de l'état civil ne peut pas procéder à la célébration du mariage. C'est un empêchement prohibitif, mais il n'est pas dirimant. Le mariage ne pourrait pas être attaqué. Dans ce cas, il n'y a qu'une sanction pénale.

Nous parlerons de la sanction civile au chapitre des nullités. Pour le moment, nous n'avons qu'un mot à dire des peines prononcées contre l'officier de l'état civil qui n'observe pas la loi. Les articles 156 et 157 du code civil ont été remplacés par les articles 264 et 265 du nouveau code pénal belge. Nous nous bornerons à les transcrire. Aux termes de l'article 264 :

« Sera puni d'une amende de vingt-six francs à cinq cents francs, l'officier de l'état civil qui a négligé d'énoncer dans l'acte de mariage les consentements ou d'y insérer les actes respectueux prescrits par la loi ;

« Qui a procédé à la célébration d'un mariage sans s'être assuré de l'existence de ces consentements ou de ces actes respectueux. »

L'article 265 porte : « Sera puni d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de cinquante francs à cinq cents francs, l'officier de l'état civil qui a célébré un mariage contre le gré des personnes dont le consentement est requis. »

SECTION IV. — Des empêchements au mariage.

346. On divise les empêchements au mariage en prohibitifs et dirimants. Ces dénominations viennent du droit canonique. Le code ne les consacre point, parce qu'il évite ce qui est de pure doctrine, ce qui appartient à l'école plutôt qu'à la législation. Toutefois il y a aujourd'hui, comme jadis, des empêchements qui portent obstacle à ce que le mariage soit contracté, et qui donnent le droit de former opposition à ce qu'il soit célébré; mais si l'officier de l'état civil procédait à la célébration, le mariage ne pourrait pas être attaqué : ce sont les empêchements *pro-*

hibitifs. Il y en a d'autres qui sont tout ensemble un obstacle à la célébration et une cause d'annulation : de là on les appelle *dirimants*.

§ Iᵉʳ. *De la parenté et de l'alliance.*

Nº 1. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

347. La parenté est un lien qui unit deux personnes par des rapports dérivant de la nature ou de la loi. On la divise en naturelle, civile et mixte.

La parenté naturelle unit les enfants naturels et leurs descendants à leurs père et mère. En règle générale, cette parenté ne s'étend pas aux parents des père et mère. La loi fait exception à ce principe en matière de mariage, pour des motifs d'honnêteté et de moralité publiques. La parenté naturelle est simple quand elle dérive du commerce de deux personnes qui pourraient se marier; elle est adultérine quand elle dérive du commerce de deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens d'un mariage antérieur; elle est incestueuse quand elle résulte du commerce entre deux personnes qui ne pourraient se marier parce qu'elles sont parentes ou alliées au degré prohibé par la loi.

La parenté civile résulte de l'adoption, elle est l'ouvrage de la loi seule; elle a lieu entre l'adoptant, l'adopté et les descendants de celui-ci; elle ne s'étend pas aux parents de l'adoptant.

La parenté mixte est tout ensemble naturelle et civile, on l'appelle aussi légitime parce qu'elle naît du mariage; elle existe entre les enfants, leurs père et mère et tous les parents de ces derniers.

348. La parenté n'est un empêchement au mariage que jusqu'à un certain degré, quand il s'agit de parents collatéraux; tandis qu'elle est un empêchement pour tous les parents en ligne directe. De là la nécessité de distinguer les degrés et les lignes. Le code lui-même définit les degrés, les lignes et la manière de compter les degrés en ligne directe et en ligne collatérale. Nous renvoyons aux articles 735-738. C'est au titre des Successions que nous

examinerons les difficultés auxquelles ces dispositions donnent lieu.

349. L'alliance est aussi un empêchement au mariage. C'est le lien qui unit l'un des époux aux parents de l'autre époux. Il n'y a pas, à proprement parler, de degrés ni de lignes dans l'alliance, puisque les degrés résultent de la génération, ainsi que les lignes, et, entre alliés, il n'y a pas de génération. Mais il a fallu appliquer la distinction des degrés et des lignes à l'alliance, puisque le mariage n'est prohibé qu'entre certains alliés. Comme l'alliance dérive de la parenté et en est pour ainsi dire l'image, on a étendu aux alliés les principes qui régissent les parents.

350. Telles sont les notions élémentaires. Elles donnent lieu à de grandes difficultés en ce qui concerne la parenté naturelle et l'alliance. Il faut que la parenté soit prouvée pour qu'elle constitue un empêchement légal. La parenté légitime se prouve par le mariage; le code traite de la preuve du mariage; nous y reviendrons. La preuve de la parenté naturelle repose sur des principes particuliers. Elle résulte de la reconnaissance des enfants naturels; cette reconnaissance se fait volontairement, par acte authentique, ou elle est forcée quand l'enfant recherche son père et sa mère. En règle générale, la recherche de la paternité est interdite; la loi permet la recherche de la maternité, mais elle la soumet à des conditions rigoureuses. Le code prohibe toute reconnaissance des enfants adultérins et incestueux. Il suit de là que les enfants naturels simples ont seuls une filiation; mais ils n'en ont que par la reconnaissance volontaire ou forcée. Ces principes reçoivent-ils leur application au mariage? N'y a-t-il d'empêchement résultant de la parenté naturelle que si la parenté est constatée, soit par un acte authentique de reconnaissance, soit par un jugement? La question est très-controversée.

Nous décidons, sans hésiter, que les règles établies par les articles 334 et suivants doivent être appliquées en matière d'empêchements au mariage. Le code civil a un titre sur la Filiation; il y établit comment se prouve la filiation des enfants légitimes, et comment se prouve la

filiation des enfants naturels. L'on n'a jamais songé à contester que les règles sur la preuve de la filiation légitime ne soient générales; il est évident qu'elles s'appliquent à toutes les matières de droit; quand la loi veut se relâcher de la rigueur des principes qu'elle établit, elle le dit. Pourquoi en serait-il autrement des règles que le code pose sur la preuve de la filiation naturelle? Y a-t-il une raison pour que les unes soient générales et pour que les autres ne le soient pas? Le texte des articles 334 et suivants est conçu dans les termes les plus généraux. Y a-t-il quelque motif dans l'esprit de la loi pour ne pas l'appliquer au mariage? On en chercherait vainement. Le code pose le principe que la filiation des enfants naturels résulte de leur reconnaissance volontaire ou forcée; d'où suit que les enfants naturels non reconnus n'ont pas de filiation. Il pose ce principe pour éviter des procès scandaleux, qui jettent le trouble dans les familles sans jamais produire une certitude complète. Voilà des motifs qui par leur nature même ne comportent pas d'exception. Ainsi le texte est général et les raisons sont générales; la question est par cela même décidée.

On objecte que cette doctrine conduit à légitimer l'immoralité la plus affreuse. Le frère pourra épouser sa sœur naturelle, parce que la filiation naturelle ne sera pas légalement prouvée, bien qu'elle soit constatée par la possession d'état. A la rigueur, le père pourra épouser sa fille adultérine, car, la reconnaissance étant prohibée, jamais l'enfant adultérin ou incestueux ne peut avoir de filiation. Nous voudrions admettre cette objection, c'est malgré nous que nous la repoussons; mais les principes les plus élémentaires de droit nous y obligent. Le reproche s'adresse au législateur, et lui seul en peut tenir compte. Il a posé une règle générale sur la preuve de la filiation naturelle; y a-t-il lieu à faire une exception pour les empêchements au mariage? On peut le soutenir, mais si telle avait été la pensée des auteurs du code, ils auraient dû formuler l'exception et dire quelle preuve ils admettent. Quoi! Après avoir mis tant de rigueur à limiter la preuve de la filiation naturelle, le législateur l'abandonnerait à l'arbitraire du

juge, alors qu'il s'agit du mariage! Il interdit la recherche de la paternité dans les termes les plus absolus (art. 340); puis il l'admettrait sans dire comment elle se fera! Une exception pareille est-elle admissible sans texte? On invoque la moralité publique! On oublie que c'est aussi pour des raisons de moralité que le code prohibe la recherche de la paternité naturelle. C'était donc au législateur, et à lui seul, à voir si la moralité, qui a fait interdire en général la recherche de la paternité, exige qu'en matière de mariage cette recherche soit permise. Il ne l'a pas fait; ce silence est décisif.

On fait d'autres objections; nous les rapportons volontiers, parce que nous ne demanderions pas mieux que de nous convaincre qu'il y a un moyen légal de prévenir la honte et le scandale d'un mariage incestueux. Écoutons Merlin. La cour d'appel de Lyon avait demandé que l'empêchement dérivant de la parenté naturelle fût limité aux enfants *légalement reconnus*, « afin de prévenir les recherches souvent calomnieuses et toujours scandaleuses que la haine ou l'avidité pourrait faire d'une paternité ou d'une maternité ignorée ou supposée. » Cette distinction, dit Merlin, ne se trouve ni dans l'article 161, ni dans l'article 162. Pourquoi y a-t-elle été omise? Il n'est pas possible de supposer qu'elle l'ait été par inattention. Elle était d'une trop haute importance pour ne pas frapper tous ceux qui ont pris part à la rédaction définitive de ces articles. Elle ne peut donc avoir été omise qu'avec l'intention formelle de ne pas l'y insérer, parce qu'on a voulu que la parenté naturelle formât un empêchement au mariage, alors même qu'elle ne serait pas légalement constatée (1). Voilà un bien frêle fondement pour l'opinion que nous voudrions admettre, si nous le pouvions. Merlin est obligé de créer une exception par voie de supposition. Qui ne voit que la supposition contraire est tout aussi admissible? Il se peut, et c'est la supposition la plus probable, que l'observation de la cour de Lyon ait passé inaperçue; si, comme le dit Merlin, elle avait frappé les auteurs du code par sa

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Empêchements de mariage*, § 4, article 4.

haute importance, n'en auraient-ils pas fait mention, soit dans le cours de la discussion, soit dans les discours et les rapports? Eh bien, il n'a pas été dit un mot sur la question. Ce silence absolu ne renverse-t-il pas toute l'argumentation de Merlin? Il se peut encore que les auteurs du code aient jugé inutile de formuler dans la loi l'observation de la cour de Lyon. En effet cela était inutile. Quand le législateur pose une règle générale, cette règle doit recevoir son application à tous les cas, à moins que lui-même n'admette une exception. Il suffisait donc que la loi eût dit, au titre de la Filiation, qu'il n'y a pas de parenté naturelle sans reconnaissance légale. Ce principe reçoit son application par cela seul que la loi n'y déroge pas.

Non, dit-on, ce n'est pas ainsi que procèdent les auteurs du code; quand ils veulent maintenir les règles sur la parenté naturelle, ils le disent. Voyez l'article 331; il porte : *légalement reconnus*. Même expression dans l'article 383, et dans l'article 756, et dans l'article 158; tandis que dans les articles 161 et 162, on ne la trouve pas. L'argument aurait quelque valeur si l'on pouvait prouver que c'est à dessein que cette expression y a été omise. Mais en l'absence d'une déclaration du législateur, il n'y a rien à conclure de ce que tantôt il ajoute une expression inutile et tantôt il l'omet.

Nous sommes heureux d'ajouter qu'il n'y a pas d'arrêts sur cette question dans les Recueils de jurisprudence, et les auteurs ne citent aucun exemple d'un mariage incestueux, qui aurait soulevé la conscience publique. Cela prouve que les mœurs sont le vrai supplément de la loi. Faut-il dire pour cela, avec M. Demolombe, que les magistrats n'hésiteraient pas à s'écarter de la rigueur des principes s'il s'agissait d'empêcher un abominable inceste? S'il est vrai, comme M. Demolombe l'avoue, que l'opinion que nous défendons est la plus rationnelle, la plus juridique, il est vrai, par cela même, que la loi la consacre; et faut-il encourager les magistrats à se mettre au-dessus de la loi (1)?

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 141, n° 107. Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 240, 241.

351. L'alliance donne lieu à une difficulté qui intéresse également les bonnes mœurs. Dans l'ancien droit, on admettait une alliance naturelle. Quand deux personnes, dit Pothier, ont commis ensemble une fornication, il naît de ce concubinage une espèce d'affinité entre l'une de ces personnes et les parents de l'autre. Cette affinité naturelle est fondée sur une raison d'analogie. Que le commerce soit licite ou illicite, qu'importe? Le concubinage aussi bien que le mariage unit l'homme et la femme pour n'en faire qu'une seule chair. Le concile de Trente consacre cette alliance naturelle et l'empêchement qui en résulte (1). Subsiste-t-elle dans le code Napoléon?

Il est certain qu'il y a une alliance naturelle, comme il y a une alliance légitime. Ainsi, si mon père naturel se marie, sa femme sera mon alliée naturelle, et il y aura empêchement au mariage. Pourquoi? A raison du lien que crée le mariage. Sur ce point, tout le monde est d'accord; mais le concubinage produit-il le même lien? Telle est la question. Il nous semble que le silence du code la décide. L'affinité naturelle produite par le concubinage était une institution du droit canonique. Le droit canonique est abrogé avec toute l'ancienne jurisprudence. Dès lors, nous ne pouvons plus admettre une affinité établie par les conciles. Vainement dit-on que, le code ne définissant pas l'alliance naturelle, il faut l'entendre telle qu'on l'entendait dans l'ancien droit (2). Pour que cet argument historique eût quelque valeur, il faudrait que le législateur eût manifesté l'intention de maintenir ce principe traditionnel; or, il n'y a pas un mot dans les travaux préparatoires qui puisse faire soupçonner que les auteurs du code aient songé à l'affinité naturelle, telle que le concile de Trente l'admet. Il y a plus, ce n'est pas à raison d'une véritable affinité que l'on prohibait le mariage, c'était plutôt par un motif d'honnêteté publique. En effet, il ne suffisait pas du concubinage, on exigeait qu'il fût notoire; c'est la notoriété qui produisait le scandale, et par suite

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, nos 162 et suiv.
(2) C'est l'opinion de Zachariæ, t. III, § 461, p. 251, note 12, suivie par Marcadé, t. Ier, p. 409, et Demante, t. Ier, p. 316 et suiv.

un empêchement au mariage. Cela était en harmonie avec les principes de l'ancien droit, d'après lequel il y avait des empêchements fondés sur l'honnêteté publique. Le code ne reproduit pas cette théorie; il eût donc fallu une disposition formelle pour la maintenir dans un seul cas, celui de l'affinité canonique. Du moins il faudrait une manifestation quelconque de volonté; or, le silence des auteurs du code est aussi complet que celui du texte de la loi. Dès lors, il faut conclure avec Merlin que nous ne connaissons plus l'affinité canonique. L'alliance, dans tous nos textes, est l'alliance, telle que les jurisconsultes romains la définissent (1). Ajoutons que c'est là la vraie doctrine. Il n'est pas exact de dire, comme le font les canonistes, que le commerce illégitime unit l'homme et la femme, comme s'ils ne formaient plus qu'une seule chair; cela n'est vrai que du mariage, lequel, s'il n'est pas indissoluble, est du moins contracté dans un esprit de perpétuité; cela n'est certes pas vrai de ces unions fortuites ou passagères que les hommes nouent et dénouent au gré de leurs passions du moment.

La cour de Nîmes a rendu sur cette question un arrêt qui peut être invoqué contre l'opinion que nous défendons. Un père, pour justifier son opposition au mariage que sa fille majeure se disposait à contracter, offrait de prouver que sa femme, mère de cette fille, avait entretenu des liaisons illicites avec l'homme qu'elle voulait donner pour mari à sa fille. La cour décida que l'article 161, qui prohibe le mariage entre les ascendants légitimes et naturels et les *alliés* dans la même ligne, doit être entendu tant à l'égard des ascendants et descendants *alliés*, *naturels* qu'à l'égard des *légitimes;* mais il faut, ajoute l'arrêt, que l'affinité soit constante et *légalement établie* à l'époque où l'empêchement est opposé; or, cette preuve n'existait pas dans l'espèce (2). On peut conclure de là que la cour de Nîmes aurait admis l'opposition du père s'il avait prouvé le

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Empêchements de mariage*, § 4, article 3, n° 3.
(2) Arrêt du 3 décembre 1811 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 229).

concubinage de la mère par un jugement qui l'aurait condamnée pour adultère ainsi que son complice. L'arrêt eût été très-moral, dit Merlin, mais aurait-il été d'accord avec la loi? La critique est juste, elle va à l'adresse des auteurs et des magistrats qui veulent être plus moraux que le législateur.

352. L'alliance, et l'empêchement qui en résulte, subsiste-t-elle quand l'époux qui la produisait est mort sans enfant? Il y a un vieil adage qui dit : *Morte ma fille, mort mon gendre* (1). L'article 206 du code civil semble consacrer ce principe; il porte que l'obligation alimentaire cesse entre alliés lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés. Si l'obligation alimentaire entre alliés cesse dans ce cas, n'est-ce pas parce que l'alliance elle-même cesse? On l'a dit, mais nous croyons, avec M. Demolombe, que c'est une erreur. En principe, on ne voit pas pourquoi l'alliance cesserait par la mort de l'époux et des enfants; le mariage a produit entre les deux familles des liens que la mort ne rompt pas. On conçoit que certains effets produits par l'alliance cessent, tels que l'obligation alimentaire; mais de ce qu'un effet cesse, il serait très-peu logique de conclure que tous doivent cesser. S'il y a une raison pour que l'obligation alimentaire cesse, il y a, par contre, des raisons pour que l'empêchement au mariage subsiste. L'alliance produit bien d'autres effets, et la jurisprudence décide invariablement qu'ils subsistent après la mort de l'époux sans enfants. Ainsi l'article 206 est une exception, et c'est le cas de dire que l'exception confirme la règle (2).

353. On demande encore si l'empêchement au mariage subsiste dans le cas où le mariage qui produisait l'alliance est annulé. Il est certain que dans ce cas l'alliance cesse; en effet, l'alliance résulte du mariage; or, le mariage annulé est considéré comme n'ayant jamais existé. Peut-il être question d'alliance là où il n'y a point de mariage?

(1) Loysel, *Institutes coutumières*, t. Ier, p. 166 (édition de Dupin).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 158, n° 117.

Et si l'alliance est détruite, comment ses effets continueraient-ils? L'on oppose les bonnes mœurs : ne seraient-elles pas offensées si un homme, après avoir épousé la mère et vécu publiquement avec elle, pouvait ensuite épouser la fille (1)? Sans doute, mais nous dirons avec Merlin que l'interprète ne doit pas avoir la prétention d'être plus moral que le législateur. Pour faire produire un effet au mariage annulé, la loi a dû organiser le mariage putatif. Il aurait fallu également une disposition pour maintenir l'alliance, alors que le mariage est rompu. Zachariæ donne une autre forme à l'objection. L'annulation du mariage ne détruit pas le fait de la cohabitation; or, le commerce des deux époux, notoire, avoué, suffit pour créer une affinité naturelle, et par suite un empêchement au mariage (2). Cela suppose que l'affinité canonique subsiste en droit français. Comme nous n'admettons pas cette doctrine, nous devons repousser l'application que Zachariæ en fait à l'annulation du mariage.

N° 2. EMPÊCHEMENTS PRODUITS PAR LA PARENTÉ ET L'ALLIANCE.

354. « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne (art. 161). » « La loi naturelle, dit Pothier, a formé cet empêchement, et tous les peuples se sont accordés à regarder comme incestueuse et abominable l'union charnelle entre des parents de cette ligne. » « Dans tous les temps, dit Portalis, le mariage a été prohibé entre les enfants et les auteurs de leurs jours; il bouleverserait entre eux tous les droits et tous les devoirs, il ferait horreur. »

La prohibition s'étend à la parenté naturelle, à tous les degrés. Ici il y a quelque chose de spécial au mariage. En principe, les enfants naturels ne sont pas dans la famille de leurs père et mère; ils ne sont ni héritiers des parents de cette famille, ni même liés entre eux par aucun

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 119, n° 159.
(2) Zachariæ *Cours de droit civil français*, t. III, § 461, note 9, p. 251.

droit, par aucune obligation. Ce sont les termes d'un arrêt de la cour de cassation. D'après ce principe, l'empêchement au mariage ne devrait exister qu'entre l'enfant naturel et ses père et mère. Pourquoi le code l'étend-il à tous les degrés? C'est uniquement, comme le dit le même arrêt, par des motifs de morale et d'honnêteté publiques (1). En fait d'empêchements au mariage, la loi considère les liens du sang, et non les liens que crée le mariage; dès lors, il n'y avait pas lieu à faire une différence entre la parenté légitime et la parenté naturelle. C'est encore par des motifs de morale et d'honnêteté publiques que l'on a étendu la prohibition à l'alliance.

355. « En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels et les alliés au même degré (art. 162). » Portalis nous expliquera le motif de cette prohibition. » L'horreur de l'inceste du frère et de la sœur, et des alliés au même degré, dérive du principe de l'honnêteté publique. La famille est le sanctuaire des mœurs; c'est là que l'on doit éviter avec tant de soin tout ce qui peut les corrompre. Le mariage n'est sans doute pas une corruption; mais l'espérance du mariage entre des êtres qui vivent sous le même toit, et qui sont déjà invités par tant de motifs à se rapprocher et à s'unir, pourrait allumer des désirs criminels et entraîner des désordres qui souilleraient la maison paternelle, en banniraient l'innocence, et poursuivraient ainsi la vertu jusque dans son dernier asile. » Ces mêmes motifs ont fait étendre la prohibition à la parenté naturelle.

La loi de 1792 permettait le mariage entre beau-frère et belle-sœur. Cette législation trouva des partisans au conseil d'Etat. On invoquait l'intérêt des enfants, qui retrouvent une seconde mère dans leur tante. Cambacérès répondit que cela n'était vrai que dans des cas très-rares. Des motifs beaucoup moins respectables, dit-il, déterminaient ordinairement ces sortes d'unions. Dans un pays où le divorce est permis, on doit craindre que la possibilité de rompre le mariage existant, jointe à la faculté de

(1) Arrêt du 7 juillet 1817 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 626).

s'épouser, ne porte les beaux-frères et les belles-sœurs au concubinage, et ne trouble l'intérieur des familles (1).

356. « Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu (art. 163). » Pothier donne comme motif que l'oncle tient lieu de père à sa nièce, et la tante de mère à son neveu. Les devoirs de l'oncle, ajoute Portalis, et les soins de la tante ne pourraient presque jamais s'accorder avec les procédés moins sérieux qui précèdent le mariage et qui le préparent.

La prohibition s'étend-elle à la parenté naturelle ? Maleville répond que régulièrement il n'y a pas de parenté naturelle au delà des père et mère; il suffit donc que la loi ne mentionne pas la parenté naturelle pour qu'elle cesse d'être un empêchement. Merlin dit que cette raison est mauvaise : « En tout ce qui tient à l'honnêteté publique, la parenté naturelle est assimilée à la parenté légitime. » Il va jusqu'à dire que l'empêchement aurait existé entre parents naturels dans la ligne directe, quand même la loi ne l'eût pas établi. Au point de vue de la théorie, cela est vrai, mais la théorie regarde le législateur; quant à l'interprète, il ne peut se décider que par des motifs légaux; il doit donc raisonner comme le fait Maleville. Merlin ajoute avec Maleville qu'il y a une autre raison de le décider ainsi, et elle est péremptoire. Les deux articles qui précèdent l'article 163 se servent de l'expression *légitimes ou naturels*, tandis que l'article 163 ne reproduit pas ces mots. Pourquoi ? Parce qu'il ne veut pas donner à l'empêchement du mariage entre oncle et nièce, entre tante et neveu la même étendue; sans doute par la raison que l'honnêteté publique est moins offensée (2).

Merlin donne la même solution pour l'alliance; l'article 163 ne parlant pas des *alliés*, il lui paraît évident que le mariage est permis entre oncle et nièce, entre tante et neveu par alliance. L'affinité n'est jamais assimilée de plein droit à la parenté; elle ne l'est qu'en vertu de lois expresses,

(1) Séance du conseil d'Etat du 26 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 320, n° 33).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Empêchements de mariage*, § 4, article 2, n° 3.

et ces lois doivent toujours être restreintes à leurs cas précis. Merlin dit qu'il n'est pas possible d'adopter une autre opinion. On a cependant essayé de surprendre à la jurisprudence une interprétation extensive de l'article 163; on a invoqué l'honnêteté publique, et la parité de raison qui existe pour beaux-frères et belles-sœurs, d'une part, et pour oncles et nièces, d'autre part. Cette tentative a échoué; la cour de cassation a décidé que les empêchements au mariage sont de droit strict, qu'ils ne peuvent résulter que d'une déclaration expresse de la loi. Or, le silence que l'article 163 garde sur l'alliance, mis en regard des articles 161 et 162, qui étendent formellement la prohibition aux alliés, manifeste la volonté du législateur d'une manière évidente (1). Il n'y a donc pas lieu d'invoquer l'esprit de la loi contre un texte formel.

357. On a demandé si la prohibition établie par l'article 163 s'applique au grand-oncle et à la petite-nièce. La question fut soumise en 1808 au conseil d'Etat par le grand juge, ministre de la justice; le conseil fut d'avis qu'aucune disposition du code n'ayant interdit le mariage entre un grand-oncle et sa petite-nièce, ce mariage est permis. On peut objecter que ces mariages seraient très-disproportionnés, à raison de la grande différence d'âge qui existe d'ordinaire entre le grand-oncle et la petite-nièce; mais il suffit, pour les autoriser, d'établir qu'ils ne sont défendus par aucune loi. L'empereur n'approuva pas cet avis, et il décida que le mariage entre un grand-oncle et sa petite-nièce ne pouvait avoir lieu qu'en vertu d'une dispense accordée conformément à l'article 164 du code (2). Cette décision est citée parfois comme un avis du conseil d'Etat approuvé par l'empereur, et ayant, comme tel, force obligatoire. Zachariæ dit avec raison que la décision de 1808 n'a aucune autorité, parce qu'elle n'a pas été rendue dans la forme ordinaire des décrets, ni revêtue de la signature de l'empereur ou d'un de ses ministres. La question reste donc entière. Quelle interprétation faut-

(1) Arrêt du 10 novembre 1858 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1859, 1, 467).
(2) Décision du 7 mai 1808 (Locré, t. II, p. 439).



il suivre, celle du conseil d'Etat ou celle de l'empereur?

Il y a des auteurs qui disent que, sans tenir compte de la décision de 1808 comme acte législatif, il faut admettre l'interprétation qu'elle consacre, comme étant conforme au texte et à l'esprit de la loi. Que dit le texte? « Le mariage est prohibé entre l'*oncle* et la nièce. » Est-ce que le *grand-oncle* n'est pas un *oncle?* Quant à l'esprit de la loi, il ne laisse aucun doute; l'*oncle* tient lieu de père; n'en est-il pas de même du *grand-oncle* (1)? Nous préférons appliquer le principe formulé par la cour de cassation dans son arrêt de 1858. Les empêchements au mariage sont de droit étroit; il faut une déclaration expresse du législateur pour prohiber un mariage. Cela décide la question. Le texte ne parle que de l'oncle; l'appliquer au grand-oncle, c'est étendre la prohibition à un degré de plus; cette interprétation extensive n'est pas admise en matière de prohibition. Qu'importe qu'il y ait parité de raison? Les motifs donnés pour justifier une loi ne suffisent pas pour créer des prohibitions nouvelles (2).

358. L'article 164 permet à l'empereur de lever, pour des causes graves, la prohibition établie pour le mariage entre oncle et nièce, tante et neveu. Une loi française du 16 avril 1832 a étendu le bénéfice de la dispense au mariage entre beau-frère et belle-sœur. Une loi belge du 28 février 1831 permet également au roi de lever, pour des causes graves, l'empêchement au mariage entre alliés au degré de frère et de sœur. Quand on discuta cette loi au Congrès, on fit la remarque qu'elle était inutile, puisque la faculté de dispenser existait déjà en vertu de la loi du 23 avril 1827 (3). La remarque est juste; ce qu'il y a de plus singulier, c'est que le décret de 1831 fut proposé par un savant magistrat : M. Raikem avait oublié la loi de 1827!

La loi belge ajoute que les dispenses ne peuvent être accordées que lorsque le mariage est dissous par la mort

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, § 464, p. 289.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 138 n° 105. Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 411.
(3) *Discussions du Congrès national de Belgique*, t. II, p. 612.

naturelle des époux. Cette restriction répond à la raison que Cambacérès avait fait valoir au conseil d'Etat pour justifier la prohibition. Notre législation admet le divorce; il ne faut pas que l'espérance du mariage, après un divorce scandaleux, favorise de mauvaises passions.

Le code Napoléon et la loi belge ne permettent d'accorder des dispenses que pour *causes graves*. Quelles sont ces causes graves? La cause la plus fréquente, dit Marcadé. c'est la grossesse de la femme. S'il en était ainsi, Marcadé aurait raison de critiquer le système des dispenses qui nous vient du droit canonique. En effet, ainsi entendue, la loi est immorale; elle favorise, elle provoque la séduction et l'inconduite (1). Hâtons-nous d'ajouter que tel n'est pas l'esprit de notre législation. Marcadé aurait pu s'en convaincre en lisant les circulaires émanées du ministère de la justice, en 1824 et en 1832. « Trop souvent, dit le ministre, on a cru pouvoir invoquer comme un titre l'existence antérieure d'un commerce scandaleux. La faveur accordée à de pareils motifs serait un encouragement donné à la corruption des mœurs... Les circonstances qui méritent d'être prises en considération sont surtout celles qui doivent rendre les mariages profitables aux familles. Il faut placer en première ligne l'intérêt des enfants, qui retrouveraient dans un oncle la protection d'un père, dans une tante les soins d'une mère. Il convient aussi de faciliter un mariage qui aurait pour résultat de conserver un établissement ou une exploitation dont la ruine blesserait des intérêts importants. Enfin l'union qui devrait procurer à l'un des époux des moyens d'existence, celle qui tendrait à faciliter des arrangements de famille, se concilierait l'approbation de l'autorité (2). »

Ainsi interprétée, la faculté de dispenser n'a plus rien d'immoral. C'est l'exception à la règle. Sans doute, il y a des règles qui ne comportent pas d'exception. Qui a jamais songé à permettre le mariage entre frère et sœur, entre ascendants et descendants? Tandis que la loi de 92 admet-

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 411 et suiv.
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 228.

tait le mariage entre beau-frère et belle-sœur. Ce qui prouve qu'ici la moralité publique n'est plus intéressée au maintien de la prohibition absolue.

359. La parenté purement civile produit aussi des empêchements au mariage. Il est prohibé, aux termes de l'article 348, « entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants; entre les enfants adoptifs du même individu; entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant; entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté. » A vrai dire, il n'y a de parenté civile qu'entre l'adoptant et l'adopté; mais la loi étend les rapports naissant de l'adoption, quand il s'agit du mariage, pour des motifs analogues à ceux que l'on donne pour l'alliance : c'est la crainte que la vie commune ne fasse naître des relations coupables, si la loi donnait l'espérance de les couvrir ensuite par le mariage.

N° 3. EMPÊCHEMENT D'UN MARIAGE PRÉEXISTANT.

360. L'article 147 porte : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. » Portalis nous dira les raisons pour lesquelles nos lois réprouvent la polygamie. « La multitude des maris ou des femmes peut être autorisée sous certains climats, elle n'est légitime sous aucun; elle entraîne nécessairement la servitude d'un sexe et le despotisme de l'autre; elle ne saurait être sollicitée par les besoins réels de l'homme, qui, ayant toute la vie pour se conserver, n'a que des instants pour se reproduire; elle introduirait dans les familles une confusion et un désordre qui se communiqueraient bientôt au corps entier de la société; elle choque toutes les idées, elle dénature tous les sentiments; elle ôte à l'amour tous ses charmes, en lui ôtant tout ce qu'il a d'exclusif; enfin, elle répugne à l'essence même du mariage, c'est-à-dire à l'essence d'un contrat par lequel deux époux se donnent tout, le corps et le cœur. En approchant des pays où la polygamie est permise, il semble que l'on s'éloigne de la morale même. »

A quoi bon, dira-t-on, ces longs motifs pour justifier la

réprobation de la polygamie, que repoussent nos sentiments et nos idées ? C'est que la question a une haute importance; la solution que le code lui donne nous montre la supériorité de la loi civile sur la loi religieuse, dans le domaine de la morale. Il y a des religions qui admettent la polygamie. Nous ne parlons pas du Coran ni de la parodie de religion qui s'appelle le mormonisme. Une loi dite révélée, celle du peuple de Dieu, consacre la polygamie. Pothier est dans un cruel embarras quand il essaye de concilier l'Ecriture sainte avec le droit naturel. Il enseigne, comme Portalis, que la polygamie est contraire à l'essence du mariage; et cependant, sincère catholique, il est obligé de dire que les saints patriarches contractaient mariage avec plusieurs femmes en même temps, avec la permission et l'approbation de Dieu (1). Quoi ! Dieu approuve ce que le droit naturel condamne ! Le droit naturel n'a-t-il pas son principe en Dieu ? Voilà donc Dieu qui approuve et qui réprouve tout ensemble la polygamie ! Pothier se retranche derrière la toute-puissance divine. « Dieu, dit-il, eût pu, s'il eût voulu, établir le mariage, sans qu'il dût être l'union d'une seule femme avec un seul homme. De même, il a pu permettre à un peuple entier d'avoir plusieurs femmes. Dieu, qui avait promis aux saints patriarches de multiplier leur race comme le sable de la mer, leur a permis d'avoir plusieurs femmes à la fois. » Etrange morale que celle qui déclare licite et moral un fait qui par lui-même est immoral, en invoquant l'autorité de Dieu ! Est-ce que Dieu aurait pratiqué la doctrine qui justifie le moyen par le but ? Non, Dieu n'a pas pu légitimer la polygamie, parce qu'il voulait multiplier la race des patriarches comme le sable de la mer ! Non, Dieu ne peut pas faire que la polygamie, illégitime partout, devienne légitime pour un peuple dont il se déclare le protecteur spécial ! Singulière préférence que celle qui autorise le peuple élu à pratiquer une loi qui dénature nos sentiments et qui vicie dans son essence un contrat sur lequel repose la morale !

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, nos 99 et 100.

361. Concluons que la loi civile est plus morale que ne l'était une loi dite révélée. C'est donc avec raison que nous revendiquons pour la loi civile la prééminence sur l'ordre religieux. Le code pénal belge punit de la réclusion celui qui, engagé dans les liens du mariage, en contracte un autre avant la dissolution du premier (art. 391). Est-ce qu'un mahométan ou un mormon pourrait épouser plusieurs femmes à la fois, en invoquant la liberté religieuse consacrée par notre constitution dans les termes les plus illimités? Non, certes; il y a un droit supérieur à celui des religions : c'est le droit, ou, pour mieux dire, le devoir que la société a de se conserver. Et comment se conserverait-elle si, sous couleur de religion, l'on pouvait commettre des crimes, par la raison qu'il plaît à une religion de considérer le crime comme un droit?

Le Belge qui se ferait mormon ou mahométan pourrait-il, à l'étranger, épouser plusieurs femmes? Pas davantage; car la loi qui prohibe la polygamie est une loi personnelle qui le régit alors même qu'il réside en pays étranger (art. 3). A moins que, en changeant de religion, il ne change en même temps de nationalité.

362. Si le premier mariage est nul, celui qui a le droit d'en demander la nullité peut-il contracter mariage avant que l'annulation soit prononcée? Non, certes. Car le mariage nul existe et produit ses effets jusqu'à ce qu'il ait été annulé; or, l'un de ces effets est d'empêcher une union nouvelle. Si le nouveau mariage était néanmoins contracté, il serait valable, au cas où les époux obtiendraient l'annulation du premier (art. 189).

Que faut-il décider si le premier mariage est inexistant? L'époux qui l'a contracté peut-il se marier sans avoir obtenu un jugement? On ne peut plus dire, dans ce cas, que le premier mariage produit ses effets jusqu'à ce qu'un jugement déclare qu'il n'y a jamais eu de mariage; car ce qui caractérise les actes inexistants, c'est qu'ils ne peuvent avoir aucun effet (art. 1131). Si donc l'inexistence était reconnue, notoire, l'officier de l'état civil pourrait procéder à la célébration du mariage sans jugement. Mais il suffirait qu'il y eût un doute pour qu'il dût refuser son minis-

tère. Dans ce cas, celui qui voudrait contracter mariage devrait demander au tribunal de déclarer le premier mariage inexistant. Il y a contestation, et toute contestation doit être décidée par le juge.

Nº 4. DE LA FEMME VEUVE OU DIVORCÉE.

363. « La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent (art. 228). » Cet empêchement est particulier à la femme; le mari peut se remarier immédiatement après la dissolution du mariage. Il doit donc y avoir des raisons particulières à la femme qui motivent la prohibition établie par l'article 228. Le législateur a voulu éviter ce que l'on appelle la *confusion de part*. Si une femme se remariait aussitôt après la mort de son mari, et qu'elle accouchât après les cent quatre-vingts jours et avant les trois cents jours depuis la dissolution du mariage, l'enfant pourrait appartenir au premier mari ou au second : c'est la conséquence des présomptions établies par le code sur la durée de la grossesse. Il en résulterait que la filiation de l'enfant serait incertaine. Pour prévenir cette incertitude et les contestations auxquelles elle donnerait lieu, la loi défend le mariage jusqu'à ce que les trois cents jours soient écoulés. Il y a encore un motif secondaire que l'on allègue pour expliquer cette prohibition, ce sont les sentiments de convenance qui doivent empêcher la veuve de se remarier immédiatement après la mort de son mari. Nous disons que ce motif est secondaire; d'abord il ne s'applique pas à la femme divorcée; puis il devrait aussi empêcher le mariage du mari; car, quoi qu'on en dise, l'homme doit respecter les convenances aussi bien que la femme.

Il résulte de là que si la femme accouchait le lendemain de la mort de son mari, il faudrait néanmoins lui appliquer l'article 228. A la vérité, dans ce cas, la *confusion de part* n'est plus possible, et on pourrait dire que, la cause cessant, l'effet soit cesser. Cela serait vrai si l'empêchement n'avait pas d'autre cause que la crainte d'une *confu-*

sion de part. Mais lors même que ce danger disparaît, il reste le motif de convenance qui suffit pour empêcher le mariage. Telle est aussi l'opinion générale (1).

364. On demande si l'empêchement établi par l'article 228 existe dans le cas où le mariage est annulé. La question nous paraît douteuse. On la décide, en général, affirmativement, parce qu'il y a même raison. Mais peut-on raisonner par voie d'analogie en cette matière? Nous ne le croyons pas; c'est, avant tout, une question de texte, et le texte ne décide-t-il pas la difficulté? L'article 228 dit que la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la *dissolution* du premier. Qu'est-ce que la loi entend par *dissolution?* L'article 227 nous le dit : « Le mariage se *dissout* par la mort de l'un des époux et par le divorce légalement prononcé. » Donc l'article 228 ne concerne que la femme veuve ou divorcée. Du reste, il y a une grande différence, en droit, entre la dissolution et l'annulation. Quand le mariage est *dissous*, il a existé, il peut donc produire des effets juridiques. Quand il est annulé, il est censé n'avoir jamais existé; aussi le mariage annulé ne produit-il aucun effet.

On objecte que si les époux ou l'un d'eux sont de bonne foi, le mariage annulé est putatif, et que, dans ce cas, il y a lieu d'appliquer l'article 228 en faveur de l'enfant qui peut naître, afin d'assurer son état. Il est certain que si un enfant naît après l'annulation, il peut invoquer le bénéfice du mariage putatif; il le peut, que sa mère soit remariée ou non. Dès lors, le mariage putatif n'a rien de commun avec l'empêchement au mariage. Qu'est-ce, en effet, qu'un mariage putatif? Celui qui produit ses effets *en faveur* de l'époux et des enfants (art. 202). Cette fiction est donc créée en faveur de la femme; tandis que si on l'appliquait au cas de l'article 228, on la tournerait contre elle (2).

365. L'article 228 a une sanction pénale. Si l'officier de l'état civil célèbre le mariage avant le terme prescrit

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 166 et suiv., n[os] 122 et 123.

(2) Voyez, en sens contraire, Demolombe, t. III, p. 167, n° 124. et un arrêt de la cour de Trèves du 30 avril 1806 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 968).

par la loi, il est puni d'une amende de vingt-six francs à six cents francs (code pénal belge, art. 264).

Nº 5. EMPÊCHEMENTS NAISSANT DU DIVORCE.

366. Les époux divorcés pour quelque cause que ce soit ne peuvent plus se réunir (art. 295).

Dans le cas de divorce par consentement mutuel, aucun des deux époux ne peut contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce (art. 297).

Dans le cas de divorce pour cause d'adultère, l'époux coupable ne peut jamais se marier avec son complice (art. 298).

367. On demande si l'article 298 s'applique à la séparation de corps. La cour de Toulouse a décidé que l'empêchement établi pour les époux divorcés ne s'appliquait pas aux époux séparés de corps. C'est l'opinion générale. A notre avis, la question n'est pas même douteuse. Les empêchements sont de droit strict, on ne peut pas les étendre d'un cas à un autre, fût-ce par identité de motifs. A plus forte raison ne le peut-on pas quand les motifs ne sont pas identiques. Or, dans l'espèce, il n'y a pas même analogie. Ce n'est pas sur le fait seul de l'adultère que l'article 298 se fonde, car l'adultère, même judiciairement établi, n'est pas un empêchement au mariage. C'est dans le divorce prononcé pour cause d'adultère qu'il faut chercher les motifs de l'empêchement. Comme le dit très-bien la cour de Toulouse, le législateur a voulu empêcher que l'époux adultère ne recherchât dans sa propre honte un moyen de dissoudre le mariage dans lequel il était engagé, et de se rendre libre de contracter une union scandaleuse. Ce danger n'est plus à craindre quand il s'agit de la séparation de corps, puisqu'elle ne brise pas le lien conjugal; le mariage subsistant, l'époux coupable ne peut plus spéculer sur sa honte. L'arrêt de Toulouse ajoute que le texte même du code établit cette différence entre le divorce et la séparation de corps. En effet, l'article 298, au chapitre du Divorce, commence par dire que l'époux

coupable ne pourra jamais se marier avec son complice; puis il ajoute que la femme adultère sera condamnée à la reclusion. Eh bien, l'article 308 reproduit cette seconde disposition pour la femme séparée de corps, mais il omet la première. Cela est décisif (1).

N° 6. EMPÊCHEMENTS RÉSULTANT DU SERVICE MILITAIRE.

368. Un décret du 16 juin 1808 porte que les officiers ne peuvent se marier qu'après en avoir obtenu la permission par écrit du ministre de la guerre; les sous-officiers et les soldats doivent obtenir la permission du conseil d'administration de leur corps. Des décrets du 3 août et du 28 août 1808 ont généralisé ces dispositions, en les appliquant à tous les corps qui font partie de l'armée.

L'arrêté-loi du 16 février 1814 maintient la législation française pour les officiers; quant aux sous-officiers et soldats, il remplace les conseils d'administration par les chefs de corps. Aux termes de la loi belge du 8 janvier 1817, ceux qui veulent contracter mariage doivent prouver qu'ils ont satisfait aux lois sur la milice (art. 197). Cette disposition est sanctionnée par l'article 164 du code pénal belge.

N° 7. LA PRÊTRISE CONSTITUE-T-ELLE UN EMPÊCHEMENT?

369. Cette question, si vivement débattue en France, n'en est plus une en Belgique. Notre constitution établit non-seulement la liberté religieuse la plus illimitée, elle consacre de plus, dans de certaines limites, la séparation de l'Eglise et de l'Etat. Aux termes de l'article 16, l'Etat n'a pas le droit d'intervenir dans la nomination ni dans l'installation des ministres d'un culte quelconque. C'est dire qu'aux yeux de la loi, il n'y a plus de ministres du

(1) Arrêt de Toulouse du 10 juin 1852 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1852, 2, 169). Comparez Demolombe, t. III, p. 172, n° 126.



culte. M. Nothomb, grand partisan du principe de la séparation, a proclamé cette conséquence en termes énergiques, en disant que le prêtre n'est, aux yeux de la loi, qu'un individu; il en conclut que la prêtrise n'est plus un empêchement au mariage (1). Cela est admis sans contestation aucune. Les prêtres se marient en Belgique; si parfois il y a eu opposition à ces mariages, les tribunaux en ont toujours accordé mainlevée.

370. Nous croyons qu'il en est de même en droit français. Comme la question n'intéresse pas nos lecteurs belges, nous nous bornerons à résumer rapidement le débat. Le droit canonique considérait les ordres comme un empêchement dirimant, et par suite de l'union intime qui existait entre l'Eglise et l'Etat, sous l'ancien régime, l'empêchement canonique devint un empêchement civil. Les magistrats les plus distingués ne parlaient du mariage des prêtres qu'avec une espèce d'horreur. Ecoutons Talon: « Quiconque sert à l'autel est incapable du mariage. L'opinion contraire à cette maxime est hérésie dans un royaume très-chrétien, et l'action contraire est un crime capital selon nos mœurs (2). »

Les mœurs changèrent subitement après 89. Peut-être faudrait-il dire que le législateur devança les sentiments et les idées : de là la triste réaction qui se fait dans la patrie de Voltaire. Un décret du 19 février 1790, reproduit pas la constitution de 1791, déclare que la loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels. C'était dire, aussi clairement que possible, que l'engagement contracté par les prêtres, lors de leur ordination, de vivre dans la continence, ne serait plus désormais rien aux yeux de la loi civile; aussi la loi du 20 septembre 1792 ne place-t-elle pas la prêtrise parmi les empêchements au mariage. Plusieurs décrets furent rendus en ce sens par la Convention nationale; nous nous bornons à citer celui du 19 juillet 1793, qui condamna à la déportation les évêques qui

(1) *Discussions du Congrès national de Belgique*, t. Ier, p. 597.
(2) Merlin, *Répertoire*. au mot *Célibat*, n° 3.

apporteraient, directement ou indirectement, obstacle au mariage des prêtres.

Le concordat, en restaurant les autels, entendit-il rétablir l'empêchement légal résultant de la prêtrise? Portalis, le négociateur du concordat, répondra à notre question : « Pour les ministres que nous conservons, dit-il, la défense qui leur est faite du mariage par les règlements ecclésiastiques n'est pas consacrée comme empêchement dirimant dans l'ordre civil. Ainsi leur mariage, s'ils en contractaient un, ne serait pas nul aux yeux des lois politiques et civiles, et les enfants qui en naîtraient seraient légitimes. »

Le code civil a-t-il modifié cet état de choses? C'est encore Portalis qui a exposé les motifs du titre du Mariage. Il y proclame, bien que catholique sincère, l'indépendance absolue de la loi civile en face de l'Eglise. « D'après ce principe, dit-il, l'engagement dans les ordres sacrés, le vœu monastique et la disparité de culte qui, dans l'ancienne jurisprudence, étaient des empêchements dirimants, ne le sont plus. Ils ne l'étaient devenus que par les lois civiles qui avaient sanctionné les règlements ecclésiastiques. Ils ont cessé de l'être depuis que la liberté de conscience est devenue elle-même une loi de l'Etat (1). »

Nous conclurons avec Merlin que l'empêchement au mariage résultant de la prêtrise n'existe plus, et qu'il ne faut qu'un mot pour le prouver : c'est que le code ne parle pas de cet empêchement, et que, d'après l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, son silence seul vaut abrogation de l'ancienne jurisprudence. Comment se fait-il donc que la question soit toujours controversée en France? Cela tient aux préjugés catholiques qui se sont réveillés avec la réaction. Mais les jurisconsultes ne devraient pas oublier les glorieuses traditions de leur ordre : ils ont toujours été et ils doivent rester les défenseurs de l'autorité civile contre les empiétements de l'Eglise.

(1) Portalis, Exposé des motifs, n° 27 (Locré, t. II. p. 386).

N° 8. DE LA MORT CIVILE.

371. L'article 25 du code civil porte : « Le mort civilement est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil. » Cette affreuse législation de la mort civile est abrogée en Belgique et en France. Notre constitution, en abolissant la mort civile, ajoute qu'elle ne peut être rétablie (art. 13). La question de savoir si la mort civile est encore un empêchement au mariage ne peut donc plus se présenter que pour les étrangers. On lit dans le *Répertoire du droit administratif*, que l'étranger qui aurait été condamné dans son pays à une peine emportant mort civile ne pourrait se marier en Belgique. La raison en est, dit M. Tielemans, que les lois concernant l'état et la capacité régissent les personnes, même lorsqu'elles résident en pays étranger (1). Il est vrai que ce principe est inscrit dans l'article 3 du code Napoléon; mais il est aussi de principe que le statut personnel ne peut pas être invoqué, lorsqu'il est en opposition avec une loi fondamentale d'ordre politique (2). Or, l'article 13, qui abolit la mort civile, est placé dans le titre II de notre constitution, c'est-à-dire parmi les droits des Belges. C'est donc là une de ces dispositions qui tiennent à la liberté et qui l'emportent sur le statut de l'étranger.

N° 9. DE L'INTERDICTION LÉGALE.

372. Celui qui est condamné à la peine de mort ou aux travaux forcés est interdit, c'est-à-dire que l'arrêt qui le condamne prononce contre lui l'interdiction de certains droits. Cette interdiction légale entraîne-t-elle l'incapacité de contracter mariage? Sous l'empire du code pénal français, on pouvait le soutenir avec quelque raison, et c'est en effet l'opinion assez générale (3). L'article 29 du code de 1810 porte que celui qui est condamné aux travaux

(1) Tielemans, *Répertoire de l'administration*, t. Ier, p. 211.
(2) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 124, n° 85.
(3) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, § 464, p. 284.

forcés ou à la reclusion est en état d'*interdiction légale*. On pouvait donc assimiler cette interdiction à celle que les tribunaux civils prononcent, et en induire une incapacité générale, absolue. Le code pénal belge détermine les effets de l'interdiction légale; ils ne concernent que les biens (art. 22). Cela décide la question, les incapacités étant de stricte interprétation, et les peines aussi devant être interprétées restrictivement.

N° 10. EFFETS DES EMPÊCHEMENTS.

373. Tout empêchement au mariage emporte prohibition de le célébrer. Mais quelle est la sanction de cette prohibition? Il y a, pour la plupart des cas, une sanction pénale; nous en avons fait mention en rapportant les divers empêchements. Ni le code civil, ni le code pénal n'établissent de peine pour les empêchements naissant du divorce. C'est une lacune; nous ne savons pourquoi le nouveau code belge l'a laissée subsister. Il y a de plus une sanction civile pour les empêchements qui constituent un inceste : c'est la nullité du mariage. Y a-t-il aussi nullité pour les autres empêchements? Nous examinerons cette question en traitant des nullités.

SECTION V. — Des oppositions au mariage.

374. Le code civil traite de l'opposition dans le chapitre III, et, dans le chapitre II, des formalités relatives à la célébration du mariage. Il y a, en effet, des formalités qui sont prescrites pour la validité du mariage; logiquement, il faudrait donc rattacher cette matière à celle des conditions requises pour la validité du mariage. Si nous nous écartons de cet ordre, c'est qu'il y a des formalités qui ont leur raison d'être dans le droit d'opposition; il convient donc de commencer par cette dernière matière.

Le code accorde à certaines personnes le droit de former opposition au mariage, ce qui veut dire qu'elles peuvent faire défense, par acte d'huissier, à l'officier public de

célébrer le mariage. Sur cette opposition, l'officier de l'état civil doit surseoir à la célébration jusqu'à ce qu'on lui en ait remis la mainlevée. Quels sont les motifs pour lesquels la loi permet d'arrêter la célébration du mariage par voie d'opposition? Il y a des motifs généraux; il y en a qui sont particuliers aux ascendants.

L'officier de l'état civil ne peut célébrer le mariage que si les futurs époux remplissent toutes les conditions prescrites par la loi. Comment s'assurera-t-il de ce fait? Les parties contractantes doivent lui remettre les pièces qui constatent qu'elles ont satisfait à toutes les prescriptions de la loi. Mais les parties peuvent elles-mêmes ignorer un empêchement, ou tromper l'officier public. Il fallait donc permettre aux plus proches parents d'informer l'officier de l'état civil des empêchements, soit prohibitifs, soit dirimants, qui portent obstacle à la célébration du mariage. Tel est le but de l'opposition. Pour les empêchements prohibitifs, c'est la seule sanction efficace. Pour les empêchements dirimants, il y a une sanction sévère, la nullité du mariage; mais l'annulation du mariage jette le trouble dans les familles, elle compromet l'avenir des époux et surtout celui des enfants. Il faut donc dire avec Portalis qu'il est plus expédient de prévenir le mal; car il ne peut jamais être entièrement réparé.

Le droit d'opposition que la loi accorde aux ascendants peut être exercé, s'il y a un empêchement au mariage; cela va sans dire. Mais il peut aussi l'être alors qu'il n'y a aucun empêchement légal. Dans ce cas, le but de l'opposition est d'arrêter le mariage, au moins pendant quelque temps, jusqu'à ce que les tribunaux aient prononcé la mainlevée de l'opposition. Pourquoi la loi donne-t-elle aux ascendants le pouvoir d'entraver un mariage, et de le faire manquer peut-être, alors qu'il n'y a aucune cause légale d'empêchement? Il est vrai que l'enfant arrivé à un certain âge peut se marier sans le consentement de ses ascendants; mais il se peut que ce mariage fasse le malheur de l'enfant et la honte de la famille, si une passion funeste l'aveugle. La loi a donc dû donner aux ascendants un dernier moyen de sauver celui qui court à sa

ruine. Elle ne craint pas que les ascendants abusent de ce droit, elle suppose et elle doit supposer qu'ils n'agissent jamais que par affection.

§ Ier. *Qui peut former opposition ?*

375. Dans l'ancien droit, le pouvoir de former opposition n'était pas limité à certains parents; la jurisprudence ouvrait en quelque sorte une *action populaire*, comme le dit Portalis (1). C'était une source d'abus. La cupidité poussait les uns, la malice les autres, à s'opposer à un mariage qui contrariait leurs intérêts ou qui leur déplaisait. Portalis nous apprend que la vanité du rang et de la fortune jouait un grand rôle dans ces oppositions tracassières ou méchantes. L'orateur du gouvernement espère que, sous le régime de l'égalité, les époux pourront céder aux douces inspirations de la nature, et qu'ils n'auront plus à lutter contre les préjugés de l'orgueil et contre les vanités sociales qui mettaient dans les alliances la gêne, la nécessité ou la fatalité du destin même. Nous partageons ces espérances, mais toujours est-il que le législateur a bien fait d'opposer une barrière légale aux mauvaises passions. Il a donc restreint le droit d'opposition, d'abord en le limitant à certaines personnes, et il est de principe que l'opposition ne peut être formée que par ceux à qui le code donne ce pouvoir. Puis le législateur a déterminé les causes pour lesquelles le droit d'opposition peut être exercé; et ces causes sont également limitées, partant de stricte interprétation. Il n'y a d'exception à cette règle que pour les ascendants, dont le droit, par sa nature, est illimité.

N° 1. DROIT DU CONJOINT.

376. « Le droit de former opposition, dit l'article 172, appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes. » C'est la plus légitime et

(1) Exposé des motifs, n° 36 (Locré, t. II, p. 388).

la plus grave de toutes les causes d'opposition. L'époux qui la forme défend son titre, il réclame l'exécution de la foi promise, et il prévient un crime honteux, la bigamie. Il faut naturellement qu'il prouve son titre, c'est-à-dire « qu'il est engagé par mariage avec l'une des deux parties contractantes. » *Par mariage*, dit notre texte ; donc la simple promesse de mariage ne suffit plus pour donner le droit d'opposition, en supposant même que cette promesse soit valable, ce que nous n'admettons pas. C'est une dérogation à l'ancien droit. Il faut aussi que le mariage soit un mariage légal, célébré devant l'officier de l'état civil. Il a été jugé que la célébration d'un mariage religieux devant un prêtre ne donnait pas le droit d'opposition (1). Cela ne fait pas l'ombre d'un doute. Qu'est-ce, en effet, que le mariage religieux, alors qu'il n'est pas précédé d'une célébration devant l'officier de l'état civil ? M. Nothomb l'a dit au Congrès, c'est un concubinage, car la loi ne connaît point de mariage religieux. Enfin, il faut la preuve légale du mariage, c'est-à-dire un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil (art. 194). La loi n'admettant pas la preuve par la possession d'état (art. 195), il est certain que la possession d'état n'autorise pas celui qui l'invoque à former opposition au mariage (2).

N° 2. DES ASCENDANTS.

377. « Le père, dit l'article 173, et à défaut du père, la mère, et à défaut de père et mère, les aïeuls et aïeules, peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, encore que ceux-ci aient vingt-cinq ans accomplis. » Du principe que nous avons posé sur le droit d'opposition, faut-il conclure qu'il n'y a que les ascendants nommés dans l'article 173 qui aient le droit d'opposition ? S'il en était ainsi, les bisaïeuls n'auraient pas ce droit. Mais nous avons déjà remarqué que la loi entend par *aïeuls* les ascendants à tous les degrés. Cela résulte à

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 222, n° 139.
(2) Arrêt du 16 octobre 1809 (Dalloz, au mot *Culte*, n° 115, 2°).

l'évidence de la combinaison de l'article 173 avec l'article suivant, qui porte : « A défaut d'*aucun ascendant*, le frère ou la sœur, etc. » Donc tout ascendant a le droit de former opposition au mariage de ses descendants, sans distinction de degré.

Mais les ascendants n'exercent pas ce droit concurremment; la loi ne le leur défère que graduellement. Le père y est appelé en première ligne; à son défaut, la mère, c'est-à-dire si le père est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. De même, ce n'est qu'au défaut du père et de la mère que ce droit est dévolu aux aïeuls et aïeules. La loi veut que le droit d'opposition soit exercé graduellement, parce qu'elle suppose que si l'ascendant le plus proche garde le silence, il n'y a pas de motif de s'opposer au mariage. Elle tend donc à prévenir les oppositions tracassières. S'il importe que les ascendants aient le droit d'opposition, il importe aussi qu'ils l'exercent sérieusement; car les descendants ont également un droit, celui de contracter mariage, quand ils ont atteint la majorité légale, et qu'il n'y a pas de cause d'empêchement.

378. Les père et mère ont un intérêt égal au mariage de leur enfant, on doit leur supposer la même affection; pourquoi donc la mère n'a-t-elle le droit d'opposition que lorsque le père est mort, ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté? Il semble que si le père est un homme indifférent ou négligent, la mère devrait avoir le droit de former opposition. Au point de vue de l'intérêt et de l'affection, cela devrait être, mais il y a un principe de droit qui s'y oppose. C'est le père qui exerce la puissance paternelle pendant le mariage, à l'exclusion de la mère (art. 373). Son consentement suffit pour la validité du mariage, quand la mère refuse d'y consentir (art. 148). Dès lors son silence est décisif; légalement, la mère ne peut pas agir, quand le père se tait et approuve par cela même.

Que faut-il décider si l'enfant ne demande pas le consentement ni le conseil de sa mère? La mère peut-elle, en ce cas, former opposition au mariage? Il faut répondre négativement, comme nous l'avons déjà fait; car le texte est formel : « A défaut du père, la mère. » Le législateur

aurait dû distinguer. On conçoit que, régulièrement, la mère ne puisse pas agir quand le père approuve le mariage par son silence. Mais quand l'enfant a manqué à son devoir et aux convenances, au point de ne pas même consulter sa mère, il y a un motif légal d'opposition. En effet, l'officier de l'état civil ne peut pas procéder à la célébration du mariage, si l'enfant n'a pas demandé le consentement de sa mère : pourquoi ne pas permettre à la mère de porter ce fait à sa connaissance par une opposition? Il y a des tribunaux qui ont accueilli l'opposition de la mère, en ce sens qu'ils ont ordonné, avant de prononcer la mainlevée, que l'enfant sera mis pendant quelques jours en communication avec sa mère. Merlin approuve ce tempérament : c'est, dit-il, laisser à l'article 148 tout son effet, sans violer l'article 173 (1). Est-il bien vrai que l'article 173 n'est pas violé? Il l'est par cela seul que le juge ne prononce pas immédiatement la mainlevée d'une opposition formée par une personne sans qualité. Que reste-t-il donc à faire à la mère? Elle peut dénoncer à l'officier de l'état civil le fait que l'enfant n'a pas demandé son consentement ou son conseil. Si une instance est engagée sur la demande de la mère, elle peut dénoncer son action à l'officier, comme l'a décidé le tribunal de Gand par un jugement confirmé en appel (2). Ce sera une opposition indirecte; mieux eût valu lui accorder le droit d'agir directement.

319. « A défaut de père et mère, *les aïeuls et aïeules* peuvent former opposition au mariage. » S'il y a un aïeul et une aïeule dans une même ligne, l'aïeule peut-elle former opposition quand l'aïeul garde le silence? Si l'on s'en tenait à la lettre de la loi, il faudrait lui reconnaître ce droit, car elle ne dit pas *l'aïeule à défaut de l'aïeul*, elle dit *les aïeuls et aïeules*. Mais si l'on interprète la loi ainsi, on la met en contradiction avec les principes sur la puissance maritale que nous venons de rappeler, principes que la loi applique dans l'article 173. L'aïeule est la femme de

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Opposition à un mariage*, n° 4
(2) Arrêt de Gand du 27 décembre 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 39).

l'aïeul ; donc quand l'aïeul se tait, l'aïeule ne doit pas avoir le droit de parler. Locré nous apprend que cela fut ainsi entendu au conseil d'Etat. C'est aussi en ce sens que les auteurs expliquent le texte (1). S'il n'y avait dans une ligne qu'une aïeule et dans l'autre un aïeul, alors l'aïeule aurait naturellement le droit de former opposition comme représentant de sa ligne.

Mais que faut-il décider si une ligne consent? l'autre aura-t-elle néanmoins le droit de former opposition? Les auteurs l'admettent. Il y a cependant quelque doute. En effet, pour les ascendants du premier degré, la loi ne permet pas à la mère de former opposition quand le père consent, pas même quand la mère n'a pas été consultée. Ne faut-il pas appliquer le même principe aux ascendants du second degré, c'est-à-dire aux deux lignes? N'y a-t-il pas contradiction à refuser le droit d'opposition à la mère, et à l'accorder aux aïeuls maternels, à une aïeule au besoin? On dit que cette aïeule représente sa ligne, et qu'à ce titre elle doit avoir le droit de former opposition. Elle la représente, il est vrai, pour consentir, mais son refus de consentir n'empêche pas le mariage, si la ligne paternelle consent. Il n'y a qu'une seule raison en faveur de l'opinion générale, c'est le texte, qui appelle concurremment les aïeuls et les aïeules. Mais ne doit-on pas interpréter le texte, en ce qui concerne les aïeuls, par les principes qui régissent le droit d'opposition des père et mère? On le fait dans chaque ligne, on ne permet pas à l'aïeule de former opposition quand l'aïeul garde le silence, et cela, malgré la généralité des termes de l'article 173. Pourquoi ne pas admettre le même système d'interprétation pour les deux lignes (2)?

N° 3. DES COLLATÉRAUX.

380. S'il n'y a aucun ascendant, la loi accorde le droit d'opposition au frère ou à la sœur, à l'oncle ou à la tante, au cousin ou à la cousine germains. Ces collatéraux ont

(1) Demolombe. *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 224 et suiv., n° 140.
(2) Voyez, en sens contraire, Demolombe, t. III, p. 225, n° 140.

le droit individuel de former opposition, à raison de leur degré de parenté et de l'affection que la loi leur suppose. Ils ont tous un droit égal, et ils peuvent l'exercer concurremment. La loi ne dit pas : la sœur à défaut du frère, l'oncle à défaut de frère et sœur, etc.; elle appelle tous les collatéraux au même titre, de sorte que le cousin germain peut former opposition, alors même que le frère ou l'oncle garde le silence. Quelle est la raison de cette différence que la loi met entre les ascendants et les collatéraux? Quand il s'agit des ascendants, la loi prend en considération le droit qui leur appartient de consentir au mariage, et elle règle le droit d'opposition sur le droit de consentir. Les collatéraux, comme tels, ne sont jamais appelés à donner leur consentement au mariage; il n'y avait donc aucun motif légal de faire une différence entre eux. Il n'y a d'ailleurs aucun danger à leur donner le droit d'opposition sans considérer la proximité de degré, parce que leur opposition est limitée à certaines causes qui forment un empêchement légal au mariage.

381. Les collatéraux ne peuvent former opposition « qu'à défaut d'aucun ascendant. » Il faut donc que tous les ascendants soient morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté. S'il y a un ascendant et s'il garde le silence, les collatéraux sont sans droit. La loi suppose qu'il n'y a pas dans ce cas de cause légale d'empêchement. N'est-ce pas pousser trop loin la confiance que le législateur témoigne aux ascendants? Quel serait l'inconvénient de permettre aux collatéraux de former opposition pour des causes légales d'empêchement, alors même qu'il y aurait des ascendants? L'ancienne jurisprudence était trop facile; la législation nouvelle restreint l'opposition dans des limites trop étroites.

La loi exige encore que les collatéraux soient majeurs. Ce n'est qu'à la majorité qu'elle permet l'exercice des droits civils, et il n'y avait pas lieu de faire exception à ce principe quand il s'agit d'un droit qui entrave le mariage et qui peut le faire manquer. D'un autre côté, il était impossible de l'accorder au tuteur du collatéral mineur, parce que ce droit est essentiellement personnel. C'est pour cette

raison que la loi ne l'accorde qu'aux collatéraux les plus proches, à ceux qui, à raison de leur degré de parenté, sont censés agir par affection et non par intérêt.

Enfin la loi limite les causes pour lesquelles les collatéraux sont admis à former opposition. Ils ne le peuvent, dit l'article 174, que dans deux cas : lorsque le consentement du conseil de famille n'a pas été obtenu, et lorsque le futur époux est en état de démence. Pourquoi la loi ne permet-elle pas aux collatéraux de former opposition quand il y a une autre cause légale qui porte obstacle à la célébration du mariage, en cas de bigamie, par exemple? De raison, il n'y en a pas, sinon la crainte des abus; mais il n'y avait pas d'abus à craindre dès que le droit d'opposition était limité aux empêchements dirimants. Ce sont les excès de l'ancienne jurisprudence qui ont fait tomber le législateur dans un excès contraire.

382. La première cause d'opposition est péremptoire, et elle ne donne lieu à aucune difficulté. Si un mineur n'ayant plus d'ascendants veut se marier, il a besoin du consentement de la famille, sous peine de nullité. C'est le cas de dire avec Portalis : Mieux vaut prévenir le mal que d'avoir à le réparer. La seconde cause est plus délicate, c'est la démence du futur époux. N'est-il pas à craindre que des collatéraux avides n'invoquent la folie pour entraver un mariage qui va ruiner leurs espérances? Le législateur a prévu le danger et il y a porté remède. « Le tribunal, dit l'article 174, peut prononcer mainlevée pure et simple de cette opposition. » C'est le tribunal qui prononce la mainlevée. Cela suppose donc que le futur époux a demandé la mainlevée. Dans ce cas, c'est à l'opposant à justifier son opposition. Il ne suffit pas pour cela qu'il allègue vaguement l'état de folie. Un arrêt de la cour de Paris décide que l'opposant doit articuler par écrit les faits d'imbécillité, de démence ou de fureur. L'article 493 prescrit cette énonciation, quand il y a une demande en interdiction; or, d'après l'article 174, le collatéral qui fonde son opposition sur l'état de folie du futur époux, est obligé de provoquer l'interdiction, et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le tribunal. Il faut donc un juge-

ment; dès lors l'opposant doit faire connaître les faits qui permettent au juge de décider, soit en prononçant la mainlevée, si les faits articulés ne lui paraissent pas pertinents, soit en recevant l'opposition, à charge de provoquer l'interdiction. Il résulte de là que l'opposant n'est pas tenu de provoquer l'interdiction au moment même où il forme opposition; et il n'est pas tenu non plus d'articuler les faits de démence, d'imbécillité ou de fureur dans l'acte d'opposition, car cet acte s'adresse à l'officier de l'état civil : ce n'est pas devant lui, c'est devant le tribunal que le débat s'engage, ce n'est donc qu'à ce moment que l'opposant doit articuler les faits et provoquer l'interdiction (1).

383. La loi ne donne pas le droit d'opposition aux enfants ni aux neveux et nièces, bien qu'ils soient plus proches parents que les collatéraux qui peuvent former opposition. Il faut conclure du silence de la loi que ce droit ne leur appartient pas. Il est vrai que les termes de l'article 174 ne sont pas restrictifs : c'est une simple énumération. Il est vrai encore qu'il peut y avoir une juste cause d'opposition, la démence; or, quand il y a des enfants, les collatéraux n'agiront pas, puisqu'ils n'y ont aucun intérêt; ne conviendrait-il pas, en ce cas, que les enfants pussent former opposition? La question a été portée devant les tribunaux. C'était, comme dit Merlin, une lutte contre le texte de la loi; aussi ces prétentions n'ont-elles jamais été accueillies (2). La cour de Toulouse dit très-bien que le droit d'opposition au mariage est un droit exorbitant, une exception à la liberté que chacun a de contracter mariage; que par suite on ne peut reconnaître ce droit qu'à ceux auxquels la loi l'a spécialement et nominativement attribué. Il suit de là que le silence de la loi implique qu'elle refuse ce droit aux enfants et aux neveux. Il y a d'ailleurs une raison de ce refus. La déférence et le respect que les enfants doivent avoir pour les auteurs de leurs jours ne

(1) Dalloz. *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 270. Merlin, *Répertoire*, au mot *Opposition à un mariage*, n° 4, 5°.

(2) Voyez la jurisprudence dans Merlin, au mot *Opposition*, n° 4, et dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 285. Il faut ajouter un arrêt de Lyon du 11 décembre 1850 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1851. 2, 243), et un arrêt de Bruxelles du 3 septembre 1831 (*Pasicrisie*, 1831, 252).

permettent pas qu'ils exercent le droit d'opposition. Quant aux neveux, si la loi ne leur donne pas un droit qu'elle accorde à des collatéraux plus éloignés, aux cousins, c'est que l'on a toujours considéré les oncles et tantes comme tenant lieu de père et de mère à leurs neveux et nièces. Cette image de la paternité suffit pour que l'on refuse aux neveux et nièces un droit que la loi n'a pas voulu accorder aux enfants. Il va sans dire qu'à plus forte raison, les collatéraux autres que ceux qui sont énumérés dans l'article 174 n'ont pas le droit de former opposition.

384. Cette opinion est admise par tout le monde. L'article 490 donne cependant lieu à une sérieuse objection. Il autorise tout parent à provoquer l'interdiction de son parent. On demande si cette disposition ne déroge pas à l'article 174. A première vue, la contradiction entre les deux dispositions paraît évidente. Les enfants, les neveux et nièces ne peuvent pas former opposition, pas même pour cause de démence, pas même en provoquant l'interdiction de leur père ou de leur oncle : le respect filial le leur défend. Et voilà l'article 490 qui, malgré ce respect filial, permet aux enfants de demander l'interdiction de leur père et donne le même droit aux neveux. S'ils peuvent poursuivre l'interdiction de leur père ou de leur oncle pour cause de démence, ne doit-on pas, par voie de conséquence, leur accorder le droit de former opposition au mariage, pour cause de démence, en provoquant l'interdiction?

Cela a été soutenu devant les tribunaux, mais cela est inadmissible. On ne peut pas admettre qu'un article du code abroge l'autre. Il faut donc dire que le droit de provoquer l'interdiction ne donne pas le droit de former opposition. Il y a, en effet, une raison de différence. L'interdiction a pour but de sauvegarder les intérêts pécuniaires de celui qui est en état de démence et de sa famille. Dès lors l'action doit appartenir à tout parent. Il n'en est pas de même de l'opposition au mariage; elle n'est pas fondée sur un intérêt pécuniaire, mais sur un intérêt moral; or, convient-il que les enfants viennent donner une leçon de morale à leur père ou les neveux à leur oncle? ou, pour parler le langage juridique, convient-il que les enfants et

les neveux prétextent un intérêt moral, alors qu'en réalité ils agissent par intérêt pécuniaire? Le respect filial le leur défend. Il y a encore une autre différence entre l'interdiction et l'opposition au mariage. L'interdiction est prononcée, alors même qu'il y a des intervalles lucides, tandis que l'aliéné peut se marier s'il a un intervalle lucide. L'opposition fondée sur la démence n'est donc jamais péremptoire. Convient-il que des enfants s'opposent au mariage de leur père, si celui-ci a des intervalles lucides? Encore une fois, le respect le leur défend (1).

Ce que nous venons de dire ne répond pas encore à la difficulté que présente la combinaison des articles 174 et 490. L'enfant ne peut pas former opposition au mariage de son père. Soit, il ne le fera pas, mais il peut provoquer l'interdiction de son père, et il le fait. Après que l'instance est engagée, le père fait des publications de mariage; l'enfant ne peut pas s'y opposer et personne ne forme opposition. Le mariage devra-t-il avoir lieu, malgré le procès en interdiction; malgré la preuve acquise que le père est réellement aliéné? M. Demolombe prétend que l'enfant pourra en ce cas former opposition, à titre de mesure conservatoire (2). Cela paraît rationnel, car à quoi servira l'interdiction, si le père se marie en faisant de folles libéralités dans son contrat de mariage? Cependant cela nous paraît inadmissible. L'opposition n'appartient qu'à ceux auxquels la loi accorde ce droit. Voilà un principe absolu; les enfants ne peuvent pas obtenir indirectement un droit que la loi leur refuse, en provoquant l'interdiction : ce serait leur donner un moyen d'éluder la loi. Tout ce que les enfants peuvent faire, c'est de dénoncer le procès en interdiction à l'officier de l'état civil, et, au besoin, au ministère public. L'officier de l'état civil ne peut pas célébrer le mariage d'une personne qui est incapable de consentir; si tel est l'état du père, l'officier public doit refuser son ministère. Dans l'opinion qui permet au procureur impérial de former opposition, la dénonciation qui lui sera faite permettra d'arrêter le mariage.

(1) C'est l'opinion générale (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 275).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 239 et suiv., n° 145.

Autre difficulté. Les enfants commencent par former opposition, puis prévoyant qu'elle ne sera pas reçue, ils demandent l'interdiction. Cette demande devra-t-elle être reçue par le tribunal? La cour de Bruxelles a décidé que la demande n'est pas recevable : ce serait, dit l'arrêt, permettre d'éluder l'article 174, en permettant non-seulement aux enfants, mais à tous les collatéraux de faire indirectement ce que la loi leur défend de faire directement. Merlin approuve cette décision, il voit dans l'article 174 une fin de non-recevoir insurmontable (1). Mais en interprétant ainsi l'article 174, on annule l'article 490. Il faut concilier les deux dispositions, et la conciliation se fait d'elle-même, si l'on admet, comme nous venons de le dire, que la demande en interdiction intentée par les enfants, et à plus forte raison par les collatéraux, ne leur donne pas le droit de former opposition. La cour de Bruxelles et Merlin supposent que la demande en interdiction vaut opposition. Cela n'est point; elle ne fait qu'éveiller l'attention de l'officier de l'état civil et du ministère public. Et rien de plus légitime.

N° 4. DU TUTEUR ET DU CURATEUR.

385. L'article 175 porte : « Dans les deux cas prévus par le précédent article, le tuteur ou curateur ne pourra, pendant la durée de la tutelle ou curatelle, former opposition qu'autant qu'il y aura été autorisé par un conseil de famille qu'il pourra convoquer. » Au mariage de qui s'applique cette disposition? C'est le tuteur ou le curateur qui peuvent former opposition. D'après le code Napoléon, les mineurs sont sous curatelle ou sous tutelle, suivant qu'ils sont ou non émancipés. Sont encore sous tutelle les majeurs ou mineurs interdits. Que l'article 175 doive recevoir son application aux mineurs, émancipés ou non, cela est sans difficulté pour le premier des deux cas prévus par l'article 174, c'est-à-dire lorsque le mineur veut se marier sans avoir obtenu le consentement du conseil de famille.

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Opposition*, n° 4.

Il y a alors un obstacle légal au mariage, et il est naturel que le tuteur ou le curateur du mineur l'empêchent de contracter un mariage frappé de nullité. Il est encore très-logique que la loi fasse intervenir le conseil de famille, car c'est lui et non le tuteur qui est appelé à consentir au mariage, et c'est encore lui et non le tuteur qui a le droit d'en demander la nullité. Ce que nous disons du tuteur s'applique à plus forte raison au curateur du mineur émancipé.

Reste le second cas prévu par l'article 174, la démence. D'après le texte de l'article 175, le tuteur et le curateur peuvent aussi former opposition, si le mineur est en état de démence. Ceci est difficile à comprendre. Il s'agit d'un mineur qui ne peut se marier qu'avec le consentement du conseil de famille. Si ce mineur est en état de démence, il est évident que le conseil de famille ne consentira pas à son mariage, et s'il n'y a pas consenti, le tuteur pourra former opposition de ce chef : à quoi bon, en ce cas, se fonder sur la démence, ce qui nécessiterait une demande en interdiction, alors que le tuteur ou le curateur peuvent invoquer le défaut de consentement, ce qui est un moyen péremptoire et bien plus simple? Que si peut-être le conseil de famille avait consenti au mariage, quoique le mineur fût en état de démence, ce qui arrivera certes rarement, dans ce cas, il peut révoquer son consentement, et il sera encore inutile de former opposition pour cause de démence. En définitive, si le futur époux est mineur, l'application des articles 174 et 175 au cas de démence ne se conçoit pas.

386. Tout le monde est d'accord sur ce point (1). On s'est ingénié à chercher des hypothèses extraordinaires dans lesquelles l'article 175 pourrait être appliqué au cas de démence. Nous avouons que ces tours de force ne sont pas de notre goût ; ils font dégénérer la science du droit en scolastique. Tenons-nous à la réalité des choses, à laquelle seule le législateur a songé, et convenons que si

(1) Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 422, note *a*. Duranton, t. II, n° 199, p. 147.

le futur époux est mineur, nos textes restent sans application en ce qui regarde la démence. Voyons s'ils peuvent s'appliquer au majeur interdit. Les textes, à la rigueur, reçoivent cette interprétation. Supposons un majeur interdit pour cause de démence. Les collatéraux ne pourront-ils pas former opposition à son mariage en vertu de l'article 174? Non, a-t-on dit; car cet article suppose évidemment que le futur époux n'est pas interdit, puisqu'il oblige les opposants à provoquer l'interdiction. L'argument n'est pas sans réplique. Sur quoi se fonde l'opposition dans le second cas prévu par l'article 174? Sur la démence. Quant à la demande en interdiction que la loi prescrit, ce n'est qu'un moyen de s'assurer que l'opposition est sérieuse et que la folie est réelle. Or, si l'interdiction est déjà prononcée, il y a une preuve légale de la démence, un jugement. Refusera-t-on aux collatéraux le droit d'opposition pour cause de démence quand la démence est judiciairement constatée, alors qu'on leur accorde ce droit quand ils n'ont aucune preuve légale et qu'ils doivent l'administrer? Cela serait absurde. Donc il faut dire que les collatéraux peuvent former opposition si le futur époux est interdit, et partant le tuteur le pourra aussi, en vertu de l'article 175. Telle est l'opinion de Marcadé et de M. Demolombe (1).

On a fait contre cette interprétation de l'article 175 une objection qui d'abord paraît décisive. Lorsque le titre du mariage fut discuté, il n'y avait pas encore de *tutelle* pour cause de démence, les aliénés étaient sous *curatelle;* le projet de code maintenait ce principe. Donc, dit-on, les auteurs du code en parlant du tuteur ne pouvaient pas songer aux majeurs (2). Ne peut-on pas répondre que l'article 175 nomme aussi le curateur et que, dans la pensée du législateur, la curatelle comprenait les aliénés? Il y a une autre objection contre l'opinion de M. Demolombe. On ne voit pas pourquoi, s'il s'agit d'un majeur interdit, le code fait intervenir le conseil de famille. De deux choses

(1) Demolombe, t. III, p. 244, n° 148. Marcadé, t. Ier, p. 441. n° 2.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 319, note.

l'une, ou l'interdit est capable de se marier ou il est incapable : s'il est capable, il peut se marier sans aucun consentement : s'il est incapable, certes le consentement du conseil de famille ne lui donnera pas la capacité qui lui manque. Donc dans aucune hypothèse le conseil de famille ne peut intervenir dans le mariage d'un interdit; dès lors on ne voit pas à quel titre il y formerait opposition.

Faut-il conclure de là que le tuteur de l'interdit pourra former opposition à son mariage sans l'autorisation du conseil de famille? C'est l'opinion de Duranton (1), mais il est difficile de l'admettre. Il n'y a pas de droit d'opposition sans texte, et où est le texte qui permet au tuteur d'un interdit de former opposition à son mariage? Il y a plus. Dans l'opinion que nous avons soutenue, l'interdit peut se marier s'il se trouve dans un intervalle lucide. Dès lors il n'y a pas lieu de former opposition à son mariage par la seule raison qu'il est interdit; l'opposition doit se fonder sur ce que le futur époux est en état de démence et que sa maladie ne laisse pas d'intervalle lucide. Qui peut former cette opposition? Telle est la seule difficulté. D'après les explications dans lesquelles nous venons d'entrer, nous croyons que l'article 175 ne concerne pas le majeur interdit. Ce qui nous confirme dans cette opinion, c'est que le Tribunat, sur la proposition duquel l'article 175 fut ajouté au projet, ne parle que de la démence et non de l'interdiction. Il n'y a donc d'autre texte que l'article 174. Notre conclusion forcée est que les collatéraux d'un majeur interdit peuvent seuls former opposition à son mariage en se fondant sur la démence; mais il ne suffira pas qu'ils allèguent le jugement d'interdiction; il faudra qu'ils prouvent que l'état de démence du futur époux ne lui laisse aucun intervalle lucide.

N° 5. DU MINISTÈRE PUBLIC.

387. Le ministère public a-t-il le droit de former opposition au mariage lorsqu'il y a un empêchement soit pro-

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, n° 199, p. 147.

hibitif, soit dirimant? C'est une question controversée et très-douteuse. La jurisprudence de la cour de cassation a varié; après avoir dénié le droit d'opposition au ministère public, elle a fini par le lui reconnaître (1), et les cours impériales se prononcent dans le même sens (2). Voici les motifs sur lesquels s'appuie cette opinion. La raison de douter est que le droit d'opposition n'appartient qu'à ceux auxquels un texte formel l'accorde; ce principe fondamental a été formulé par la cour de cassation elle-même. Or, le code civil ne donne pas le droit d'opposition au ministère public, ce qui semble décider la question. La cour de Rennes, se fondant sur ce principe, jugea que le ministère public n'a pas le droit de former opposition pour cause d'existence d'un précédent mariage non encore dissous. Son arrêt fut cassé. La cour de cassation cite deux textes qui, selon elle, autorisent l'opposition du ministère public. D'abord l'article 184 du code Napoléon. Aux termes de cet article, l'officier du ministère public a le droit d'agir pour demander en justice la nullité du second mariage contracté avant la dissolution du premier; à plus forte raison doit-il avoir le droit de s'opposer à la célébration d'un mariage qui serait un crime. N'est-il pas absurde tout ensemble et immoral de prétendre que le ministère public qui voit un crime s'accomplir doit laisser faire, sauf à en demander la répression quand il sera consommé? Ne vaut-il pas mieux prévenir la bigamie en formant opposition au mariage? L'argument est péremptoire, en tant qu'il s'adresse au législateur. Il aurait certes dû accorder au ministère public le droit de former opposition, au moins quand il y a un empêchement dirimant : la loi lui permettant d'agir en nullité, devait par cela même l'autoriser à former opposition. Mais le législateur a-t-il fait ce qu'il aurait dû faire? Cela est plus que douteux.

La loi a organisé le droit d'opposition dans le but de prévenir les mariages nuls. Mais elle ne donne pas à tous ceux

(1) Arrêt de rejet du 2 décembre 1851 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1852, 1, 81). Arrêt de cassation du 21 mai 1856 (Dalloz 1856, 1, 209).

(2) Arrêts des cours de Limoges et de Toulouse (Dalloz, *Recueil*, 1846, 2, 34; 1852, 2, 169).

qui ont qualité de demander la nullité du mariage le droit de former opposition. Quand la nullité est absolue, toute personne intéressée peut la faire valoir, tandis que toute personne intéressée n'est pas admise à former opposition au mariage, alors même qu'il y aurait un empêchement dirimant d'où naît une nullité absolue. La bigamie est certes la plus grave des causes de nullité; l'empêchement résultant d'un mariage préexistant est donc le plus grave des empêchements, et néanmoins les collatéraux autorisés à former opposition ne peuvent pas la fonder sur cette cause; ils pourront agir en nullité, tandis qu'ils ne peuvent pas former opposition. Cela paraît illogique; il y a toutefois une raison qui explique cette différence. L'action en nullité, si elle échoue, ne causera aucun préjudice aux époux; il n'en est pas de même de l'opposition; elle peut faire manquer le mariage alors même qu'elle n'est pas fondée. La conclusion est évidente, c'est qu'en cette matière on ne peut pas raisonner *a fortiori;* on ne le peut pas parce qu'il faut un texte pour fonder le droit d'opposition, et les plus fortes raisons du monde ne sont pas un texte; on ne le peut pas, parce qu'il y a une différence entre le droit de demander la nullité et le droit de former opposition; dès lors l'argument par analogie ou *a fortiori* n'a aucune valeur.

La cour de cassation invoque encore un autre texte, l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, qui charge le ministère public de surveiller l'exécution des lois, et de poursuivre d'*office* cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'*ordre public*. Or, dit la cour, la disposition de la loi qui défend de contracter un second mariage avant la dissolution du premier intéresse l'ordre public au plus haut degré; et on peut dire la même chose, en un certain sens, de tous les empêchements dirimants et même des empêchements prohibitifs. Voilà donc le texte que nous cherchons. Malheureusement le sens de l'article 46 de la loi de 1810 est on ne peut pas plus douteux. L'arrêt de 1856 suppose que cette disposition donne au ministère public le droit d'agir d'*office* dans tous les cas où l'ordre public est intéressé. Mais ce même article 46 porte : « Le

ministère public *agit d'office*, en matière civile, *dans les cas spécifiés par la loi.* » Il faut donc que, dans chaque *cas*, le législateur décide si le ministère public a ou n'a pas le droit d'agir d'office. Conçoit-on qu'après avoir posé ce principe restrictif, le législateur y déroge dans le même article, en accordant au ministère public le droit d'agir d'office dès que l'*ordre public* est intéressé et sans que les *cas soient spécifiés?* La question est des plus difficiles ; elle s'est présentée deux fois devant la cour de cassation depuis 1856. En 1860, la chambre des requêtes l'a décidée formellement contre le ministère public; elle a maintenu le principe que, même dans les matières d'*ordre public*, il faut un texte spécial pour autoriser le ministère public à agir d'office. En 1862, la chambre civile a eu la même question à examiner, et elle l'a laissée indécise (1).

Peut-on, dans cet état de la jurisprudence, invoquer la loi de 1810 pour autoriser le ministère public à former opposition au mariage? Nous ne le croyons pas. A notre avis, la question doit se décider non par la loi de 1810, mais par le code civil. En principe, il est incontestable que le ministère public n'a pas le droit d'agir d'office en matière civile. Le législateur ne veut pas que le ministère public intervienne, sans motif grave, dans les débats qui s'agitent en matière civile, débats qui peuvent intéresser la société, mais qui intéressent avant tout les particuliers. Il y a des cas, sans doute, où par exception le ministère public doit avoir le droit d'agir d'office; mais par cela même que ce sont des exceptions, il faut que la loi les spécifie; sinon, il serait à craindre que la société n'intervînt sans cause suffisante dans les affaires des individus. Eh bien, le code civil applique ces principes au mariage. Le mariage est d'ordre public. Est-ce à dire que le ministère public puisse intervenir d'office dans toutes les actions qui concernent le mariage? Non, certes. La loi organise l'opposition au mariage et elle organise l'action en nullité. Est-il question de l'opposition au mariage, elle ne nomme pas le ministère public. Est-il question de

(1) Voyez les arrêts cités plus haut, n° 32, p. 44.

l'action en nullité, la loi distingue; elle ne permet pas au ministère public d'agir d'office quand les nullités sont relatives, bien que ces nullités intéressent en un certain sens l'ordre public; mais cet intérêt n'a pas paru assez grand au législateur pour déroger à la règle qui défend au ministère public d'agir d'office en matière civile. Par la même raison, il ne lui donne pas le droit de former opposition, pas même pour un empêchement dirimant. Nous voudrions que la loi lui eût accordé ce droit. Cependant nous reconnaissons que cela n'était pas indispensable. Il y a un autre officier public dont l'intervention suffit pour sauvegarder l'intérêt de la société, c'est l'officier de l'état civil. Il peut ignorer l'existence d'un empêchement dirimant, dit-on; de là la nécessité de l'opposition. Pour les parents, oui, il était nécessaire de dire qui peut former opposition et pour quelles causes; mais pour le ministère public, cela n'était pas d'une rigoureuse nécessité. Ne peut-il pas informer officiellement l'officier de l'état civil de l'existence de l'empêchement qui porte obstacle au mariage?

Nous disons que c'est par le code civil que la question doit être décidée et non par la loi de 1810. Admettons, avec la cour de cassation, que la loi de 1810 pose le principe que le ministère public peut agir d'office quand l'ordre public est intéressé. En résultera-t-il que le ministère public peut, en toute matière civile et sans exception aucune, agir d'office au nom de l'ordre public? Il faut faire une distinction, nous semble-t-il, qui résulte de la nature même des choses. Dans les cas où toute partie qui a un intérêt peut agir en justice, le ministère public aussi pourra agir, au nom de l'intérêt social, dans le système de l'arrêt de 1856. Mais il y a des cas dans lesquels la loi n'admet pas toute partie intéressée à agir : telle est la matière de l'opposition au mariage. Il ne suffit pas d'avoir intérêt pour former opposition, il faut être du nombre des personnes auxquelles la loi accorde ce droit. Certes, l'enfant a intérêt à s'opposer au mariage de son père, si celui-ci

(1) C'est l'avis de Merlin, *Répertoire*, au mot *Opposition*, question 3 sur l'article 174 (t. XXII, p. 103, 3°). Voyez en sens contraire Demolombe, t. III, p. 249, n° 151.



est en état de démence; néanmoins il ne le peut pas. Eh bien, quand les parties intéressées elles-mêmes ne peuvent pas agir, à moins qu'un texte ne leur en donne le droit, dira-t-on que le ministère public a un droit illimité d'agir? Quoi! le ministère public aurait, en matière civile, un droit plus étendu que les parties intéressées, alors que la loi lui dénie, en règle générale, toute action d'office! Cela n'est pas admissible, parce que cela est souverainement illogique et contradictoire. En supposant donc que la loi de 1810 donne au ministère public le droit d'agir d'office au nom de l'ordre social, encore y faudrait-il faire une restriction dans les matières où la loi limite l'action de toutes les personnes intéressées, et partant aussi celle du ministère public. Telle est l'opposition au mariage. Ne peut former opposition que celui à qui la loi accorde ce droit. La loi ne le donne pas au ministère public, donc il ne l'a point.

§ II. *Formes de l'opposition.*

388. L'article 176 détermine les formes dans lesquelles l'opposition doit être faite : « Tout acte d'opposition énoncera la *qualité* qui donne à l'opposant le droit de la former; il contiendra *élection de domicile* dans le lieu où le mariage devra être célébré; il devra également, à moins qu'il ne soit fait à la requête d'un ascendant, contenir *les motifs de l'opposition* : le tout *à peine de nullité* et de l'interdiction de l'officier ministériel qui aurait signé l'acte d'opposition. » La loi ne dit pas qui est cet officier ministériel; ce sont les huissiers qui, d'après notre législation, ont seuls mission de signifier les actes. De là suit qu'outre les formes spéciales prescrites par le code civil, il faut encore suivre les formes exigées par le code de procédure (art. 61).

389. Les formes établies par l'article 176 étant prescrites à peine de nullité, il importe de les préciser. Il faut d'abord que l'acte énonce la *qualité* de l'opposant, c'est-à-dire s'il est le conjoint de l'un des futurs époux, son ascendant, son parent en ligne collatérale au degré exigé par

le code, son tuteur ou son curateur, et, dans ce dernier cas, l'acte doit encore mentionner l'autorisation du conseil de famille. Ainsi, à la lecture de l'acte, l'officier de l'état civil et les futurs époux sauront si l'opposant a le droit de former opposition. Ceci est un point essentiel, puisque la loi a voulu empêcher que l'opposition ne devînt une action populaire. Il n'y a que les personnes énumérées dans les articles 172-175 qui aient le droit de former opposition. Tout acte émané d'une autre personne doit être considéré comme non avenu.

390. L'acte d'opposition doit énoncer les motifs sur lesquels elle est fondée. En effet, il ne suffit pas que l'opposant soit du nombre des personnes auxquelles la loi donne le droit de former opposition. Elles n'ont pas un droit illimité. Le code définit les motifs qu'elles peuvent invoquer; l'époux, son mariage ; les collatéraux, le tuteur et le curateur, l'une des deux causes prévues par l'article 174. Il n'y a que les ascendants qui peuvent former opposition, alors même qu'il n'existe aucune cause légale d'empêchement ; cela résulte déjà de l'article 173, aux termes duquel ils peuvent faire opposition au mariage de leurs descendants, encore que ceux-ci aient vingt-cinq ans accomplis, c'est-à-dire quoiqu'ils puissent contracter mariage malgré leur refus de consentement. Les ascendants ayant le droit de faire opposition sans qu'il y ait de motif légal, la loi ne pouvait pas les astreindre à motiver leur opposition. Bien que le texte soit aussi formel que possible, la question a néanmoins été portée devant les tribunaux. La décision ne pouvait être douteuse; il n'y avait qu'à transcrire l'article 176 (1).

391. Enfin l'acte d'opposition doit contenir une élection de domicile. L'opposition est régulièrement suivie d'une demande en mainlevée; il fallait donc déterminer le tribunal devant lequel cette action sera portée. C'est dans ce but que la loi veut que le domicile soit élu dans le lieu où le mariage doit être célébré. Dans l'esprit de la loi,

(1) Arrêt de Montpellier du 12 août 1839 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 300).

le débat doit être promptement vidé ; si elle permet de former opposition, c'est surtout pour prévenir les mariages nuls; s'il n'y a pas d'empêchement dirimant, il importe que le mariage puisse être célébré de suite; des retards pourraient le faire manquer. Or, le mariage est un droit, et un droit dont le législateur favorise l'exercice. Voilà pourquoi la loi veut que le domicile soit élu au lieu où le mariage doit se célébrer, c'est-à-dire au lieu où les futurs époux sont domiciliés. Ils pourront donc, sans se déplacer, demander de suite la mainlevée de l'opposition.

La loi dit que ce domicile doit être élu au lieu où le mariage devra être célébré. Quel est ce lieu? Près de soixante et dix ans se sont écoulés depuis la publication du code civil, et la question de savoir où le mariage doit se célébrer est encore controversée. L'article 165 dit qu'il sera célébré devant l'officier civil du domicile de l'une des parties, et l'article 174 dit que ce domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune. Dans notre opinion, le mariage doit être célébré au domicile spécial résultant de la résidence, tel qu'il est défini par l'article 74. L'opinion plus généralement suivie admet qu'il peut l'être encore au domicile de droit défini par l'article 102. Dans ce dernier système, il peut arriver qu'il y ait quatre communes différentes où le mariage pourra se célébrer. Il y en a au moins deux, si les futurs époux n'habitent pas la même commune. De là la question de savoir dans quel lieu l'opposant doit élire domicile.

La difficulté a été prévue lors de la discussion. Defermon proposa de décider que le domicile serait élu au lieu où est domicilié le futur époux contre lequel l'opposition est dirigée. Cela était simple et logique. Boulay répondit qu'il n'y avait aucune difficulté, puisque les publications faisaient connaître le lieu de la célébration. C'est une erreur (art. 63). Emmery ajouta que l'opposant pourrait élire domicile au domicile de chacun des futurs époux. Sur cela, la proposition de Defermon fut rejetée (1). Sans

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 vendémiaire an x, n° 31 (Locré, t. II, p. 329).

doute, la prudence commande de suivre le conseil d'Emmery. Mais la difficulté soulève une question de droit. Les formalités prescrites par l'article 176 le sont à peine de nullité. Faut-il, sous peine de nullité, que l'opposant élise domicile dans deux ou quatre communes? Non, certes; la loi ne dit pas cela. Il peut, en invoquant l'article 74, se borner à élire domicile au lieu où l'un des futurs époux a une résidence de six mois; son acte sera valable. S'il veut entrer dans l'esprit de la loi, il élira domicile, comme le proposait Defermon, au lieu où est domicilié le futur époux contre lequel l'opposition est dirigée (1).

392. L'acte d'opposition est nul, s'il n'énonce pas la qualité de l'opposant, s'il ne contient pas les motifs, et s'il n'y a pas d'élection de domicile. De plus, l'huissier est interdit. Cette dernière sanction implique-t-elle que l'officier ministériel puisse refuser son ministère, si l'opposant n'a pas la qualité exigée par le code, s'il n'indique pas les motifs de son opposition et s'il n'élit pas de domicile? Nous croyons qu'il faut répondre affirmativement. Si le code prononce l'interdiction de l'officier ministériel, en cas de nullité, c'est sans doute pour prévenir des oppositions illégales, tracassières, méchantes. L'huissier doit donc avoir le droit de refuser son ministère pour un acte qui entraînerait son interdiction, s'il le signait. Est-ce à dire que l'huissier soit constitué juge de la validité de l'opposition? Non, certes; car immédiatement après avoir prononcé l'interdiction de l'officier ministériel qui a signé l'acte nul, le code ajoute : Le tribunal prononcera sur la demande en mainlevée (art. 177). Tout ce que l'huissier a le droit d'exiger, c'est que l'opposant lui fasse connaître la qualité qui lui donne le droit de former opposition; si donc un neveu voulait faire opposition au mariage de son oncle, l'huissier aurait le droit de refuser son ministère. De même, il doit demander le motif de l'opposition, puisqu'il est obligé de le consigner dans son acte. S'agit-il d'un ascendant, le motif, s'il en indique un, est indifférent, mais s'il s'agit d'un collatéral, il faut que celui-ci donne

(1) Comparez Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 153, n° 208.

l'un des deux motifs déterminés par l'article 174; s'il se refusait à motiver son opposition sur une de ces causes, de son côté l'huissier aurait le droit de refuser son ministère. Il en serait de même si l'opposant ne faisait pas d'élection de domicile. Mais l'officier public n'est pas juge de la validité de cette élection, ni de la réalité du motif allégué par l'opposant, ni même du titre qui lui donne qualité pour former opposition. Toutes les questions litigieuses sont de la compétence exclusive du tribunal (1).

393. Aux termes de l'article 66, l'acte d'opposition doit être signé sur l'original et sur la copie par l'opposant ou par son fondé de procuration spéciale et authentique. Cette formalité est spéciale à l'acte d'opposition; en général, les exploits ne doivent pas porter la signature de la personne au nom de laquelle ils se font. Si la loi s'est montrée plus sévère pour les actes d'opposition, c'est qu'elle veut prévenir des oppositions illégales. L'huissier peut ne pas connaître l'opposant; dès que celui-ci allègue une qualité légale, celle de collatéral, par exemple, au degré prescrit par la loi, l'officier ministériel doit instrumenter, quand même l'opposant n'aurait pas la qualité qu'il allègue; mais comme il doit signer, il engage sa responsabilité par sa signature; il se gardera donc de prendre une qualité qu'il n'a point.

L'acte d'opposition sera-t-il nul, s'il n'est pas signé par l'opposant? Les auteurs enseignent qu'il y a nullité : ils invoquent la gravité des motifs pour lesquels la loi exige la signature; ils disent que l'article 176 prononçant la nullité pour inobservation des formes qu'il prescrit, la nullité est dans l'esprit de la loi, qu'il y a donc lieu de l'admettre par identité de raison (2). Cela nous paraît très-douteux. On n'étend pas les nullités par voie d'analogie. Il est vrai que la doctrine et la jurisprudence admettent des nullités virtuelles, fondées sur la volonté tacite du législateur. Mais ne faut-il pas dire, dans l'espèce, que le législateur

(1) Comparez Demolombe, t. III, p. 253, n° 155. La cour de Bruxelles a jugé dans notre sens (arrêt du 13 thermidor an XI, dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 277).

(2) Marcadé, t. Ier, p. 444, n° 2. Demolombe, t. III, p. 252, n° 154.

a manifesté sa volonté d'une manière expresse? Il détermine les formes d'après lesquelles l'acte d'opposition doit être fait dans deux articles; dans l'un il prononce la peine de nullité (art. 176), dans l'autre il ne la prononce pas (art. 66); le silence de la loi ne nous révèle-t-il pas la volonté du législateur? Enfin, et ceci nous paraît décisif, l'article 1030 du code de procédure dit qu'*aucun exploit* ne pourra être déclaré nul, si la nullité n'en est pas *formellement* prononcée par la loi. Il suit de là qu'en matière d'exploits, on ne peut pas appliquer le principe des nullités virtuelles; il faut un texte, sinon pas de nullité. Or, l'acte d'opposition est un exploit; c'est le premier acte qui conduit à la procédure en mainlevée. Dès lors l'article 1030 doit recevoir son application.

394. L'article 66 veut encore que l'acte d'opposition soit signifié à la personne ou au domicile des parties, ainsi qu'à l'officier de l'état civil. Cela est de l'essence de l'acte : un exploit non signifié n'existe pas, et par conséquent ne peut produire aucun effet. Supposons que l'opposition soit signifiée aux parties, mais elle ne l'est pas à l'officier de l'état civil. Celui-ci pourra-t-il procéder à la célébration du mariage? Il le pourra et il le devra, car à son égard il n'y a pas d'opposition. Que si l'acte avait été signifié à l'officier public, mais non aux parties, nous croyons que l'officier public devrait s'arrêter, car il y a une opposition. Est-elle valable quand elle n'a pas été signifiée aux parties? Cela est une question litigieuse dont l'officier public n'est pas juge. C'est le tribunal qui la décidera; et il décidera évidemment que l'opposition est nulle, ou, comme le dit un arrêt de la cour de Liége, que l'opposition doit être considérée comme non avenue (1). Une opposition qui n'est pas signifiée à la partie intéressée n'existe pas à son égard.

A qui la signification doit-elle être faite? Aux parties, dit l'article 66; la loi ne dit pas au futur époux contre lequel elle est formée; l'acte doit donc être signifié aux deux parties; chacune d'elles a, en effet, intérêt à con-

(1) Arrêt de Liége du 17 juillet 1817 (*Pasicrisie*, 1817, 461).

naître l'obstacle qui arrête leur union. Toutefois si l'opposition n'était signifiée qu'à celui contre lequel elle est dirigée, pourrait-il soutenir que l'opposition est non avenue? Non, car il y a, dans ce cas, opposition signifiée au principal intéressé. La question de savoir si cette opposition est valable, quoiqu'elle n'ait pas été signifiée à l'autre partie, n'est plus une question d'existence de l'opposition, mais une question de validité. Or, la loi ne prononce pas la nullité; dès lors il y a lieu d'appliquer l'article 1030 du code de procédure.

L'acte d'opposition doit encore être signifié, aux termes de l'article 66, à l'officier de l'état civil. Quel est cet officier? La loi n'ajoute pas, comme elle le fait dans l'article 176, « du lieu où le mariage devra être célébré. » Mais tel est évidemment le sens de la disposition; car ce n'est pas *aux officiers* de l'état civil que la signification doit se faire, c'est *à l'officier*, donc à un seul, et naturellement à celui qui est appelé à célébrer le mariage. Quel est cet officier? Ce peut être l'officier de deux ou de quatre communes, comme nous venons de le dire. La loi ne décidant pas la difficulté, il faut appliquer à l'article 66 ce que nous avons dit de l'article 176.

395. L'article 66 ajoute que l'officier de l'état civil doit mettre son *visa* sur l'original. C'est une formalité que tout officier public doit remplir quand il reçoit une signification (code de procédure, art. 68); elle a pour but, dans l'espèce, de constater que réellement une opposition a été signifiée à l'officier de l'état civil. Sans le *visa* mis sur l'original, celui-ci pourrait nier le fait. En prescrivant le *visa*, la loi prévient un conflit entre l'officier de l'état civil et l'huissier, et elle assure en même temps le droit d'opposition.

Aux termes de l'article 67, l'officier de l'état civil doit faire mention, sans délai, des oppositions sur le registre des publications. C'est une mesure d'ordre qui constate l'opposition et empêche par conséquent l'officier public de passer outre à la célébration du mariage.

§ III. *Effets de l'opposition.*

N° 1. PRINCIPE GÉNÉRAL.

396. L'officier de l'état civil à qui une opposition est signifiée doit-il toujours, et dans toute hypothèse, surseoir à la célébration du mariage? C'est une question très-controversée. Dans l'ancien droit, elle ne faisait pas de doute. « L'opposition, dit Pothier, quelque mal fondée qu'elle paraisse, doit empêcher le curé de passer outre à la célébration du mariage, jusqu'à ce qu'il ait été donné mainlevée ou par la partie opposante, ou par le juge (1). » Cela tenait aux principes de l'ancienne jurisprudence sur le droit d'opposition. L'action était *populaire;* il n'y avait rien de limité, ni quant aux personnes, ni quant aux causes; dès lors toute opposition devait arrêter le mariage. La loi du 20 septembre 1792 posa le principe tout à fait contraire. « Toutes oppositions, dit-elle, formées hors les cas, les formes, et par toutes personnes autres que celles ci-dessus désignées, seront regardées comme non avenues, et l'officier public pourra passer outre à la célébration du mariage. » (Tit. IV, sect. III, art. 9.)

Quel est le système du code? L'article 68 porte : « En cas d'opposition, l'officier de l'état civil ne pourra célébrer le mariage avant qu'on ne lui en ait remis la mainlevée, sous peine de trois cents francs d'amende et de tous dommages-intérêts. » En comparant ce texte avec le passage de Pothier et avec la loi de 1792, on serait tenté de croire que les auteurs du code ont consacré l'ancienne doctrine. C'est en ce sens qu'un arrêt de la cour de Bruxelles a interprété l'article 68 (2), et tel est aussi l'avis de Zachariæ (3). Quel est l'effet de l'opposition? L'article 68 répond qu'en cas d'opposition, l'officier public doit surseoir; il ne distingue pas entre les oppositions légales et les opposi-

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 82.
(2) Arrêt du 6 juillet 1816 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 301 et *Pasicrisie*, 1816, 164).
(3) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 236, § 456.

tions illégales. Or, le législateur avait sous les yeux la loi de 1792, qui autorisait formellement l'officier public à passer outre, quand l'opposition était illégale; par cela seul que les auteurs du code n'ont pas reproduit ce principe, ne faut-il pas dire qu'ils l'ont rejeté? Le texte même de la loi prouve, dit-on, que telle a été leur volonté; c'est le tribunal qui est appelé à juger de la légalité ou de l'illégalité de l'opposition, ce n'est pas l'officier de l'état civil. Aussi Tronchet et Thibaudeau soutenaient-ils, lors de la discussion au conseil d'Etat, que les actes d'opposition ne devaient pas être motivés, vu que l'officier de l'état civil n'était pas juge des motifs (1). S'il n'est pas juge des motifs, il n'est pas davantage juge de la qualité des opposants, ni de la forme de l'acte : on lui signifie une opposition, son devoir est de s'arrêter.

Le texte paraît décisif, ainsi que l'esprit de la loi, et cependant ils ne le sont ni l'un ni l'autre. Il faut voir, avant tout, quel est le système du code en matière d'opposition : a-t-il suivi la doctrine de l'ancien droit? a-t-il suivi celle de 1792? Nous avons d'avance répondu à la question. Portalis nous dit que le législateur n'a pas voulu d'action *populaire*; voilà pourquoi il a déterminé, avec une sévérité extrême, quelles sont les personnes qui peuvent former opposition, les causes pour lesquelles l'opposition peut être faite, et les formes dans lesquelles elle doit être rédigée. Toutes ces dispositions sont limitatives, restrictives; cela n'est pas douteux. C'est bien là le système de la loi de 92. Les auteurs du code ont voulu prévenir les abus auxquels l'ancienne doctrine avait donné lieu. Eh bien, si l'on admet que l'officier de l'état civil doit s'arrêter devant toute opposition, les abus renaîtront, et la loi les autorisera, en quelque sorte, alors qu'elle a voulu les empêcher. Elle défend à l'enfant de former opposition au mariage de son père; il fera opposition et l'officier public devra la respecter : elle produira le même effet qu'une opposition légale, puisqu'elle arrêtera le mariage jusqu'à ce que mainlevée en ait été donnée (1).

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 323 et suiv.

Cela est inadmissible. Aussi les auteurs mêmes qui enseignent que l'officier de l'état civil n'est pas juge de la légalité de l'opposition, reculent-ils devant les conséquences de leur doctrine. Le premier venu pourra-t-il former opposition? Non, dit M. Demolombe. Peut-on former opposition dans toute forme, même par lettre, même verbalement? Non, encore. L'acte fût-il régulier en la forme, ajoute Marcadé, l'officier public pourrait n'en tenir aucun compte, si *certainement* et *évidemment* elle n'était pas sérieuse. Et qui décidera si elle est ou non sérieuse? L'officier de l'état civil; le voilà donc constitué juge, de l'aveu de ceux-là mêmes qui disent qu'il n'est pas juge! Est-ce à dire que l'officier public soit toujours juge de l'opposition? Non, certes, car le code dit que le tribunal est juge. On doit donc rejeter, et sans hésiter, la doctrine qui autoriserait l'officier de l'état civil à se constituer juge de l'opposition. Et si l'on doit aussi rejeter la doctrine contraire qui lui commande de respecter toute opposition, que faut-il donc décider en définitive, et qu'est-ce que l'officier public peut faire, que ne peut-il pas faire?

Nous croyons qu'il faut interpréter le texte par l'esprit de la loi. Qu'a-t-elle voulu empêcher? Que l'opposition ne dégénérât en action *populaire*. Or, il n'y a qu'un moyen de l'empêcher, c'est de donner à l'officier de l'état civil le droit de passer outre quand l'opposant est sans qualité. Il ne s'arrêtera donc pas devant une opposition faite par un neveu, par un collatéral du cinquième degré. L'esprit de la loi le veut ainsi, et même le texte. Quand l'opposition est formée par celui qui n'a point le droit de la faire, il n'y a pas d'opposition. Dira-t-on que c'est donner à l'officier de l'état civil le droit de repousser l'opposition du ministère public, puisque le code ne le nomme pas? Non, car le ministère public invoque une loi, celle de 1810; il y a donc un texte. Et ce n'est pas à l'officier de l'état civil à décider si le texte est applicable à l'opposition : il n'est pas juge des questions litigieuses.

Que faut-il dire des formes? Il y en a qui sont prescrites à peine de nullité; si l'une de ces formes est omise, l'officier de l'état civil peut-il passer outre? Nous croyons qu'il

faut distinguer. Les auteurs mêmes qui refusent à l'officier public le droit de rejeter une opposition illégale, disent qu'il ne doit pas s'arrêter devant une opposition informe, telle que serait une opposition par lettre. Pourquoi? Parce que, dans ce cas, il n'y a réellement pas d'opposition. Il n'y en aurait pas davantage si l'opposition n'était pas faite par acte d'huissier. L'opposition est un acte solennel; or, les actes solennels n'existent que s'ils sont dressés par l'officier public compétent. Faits par tout autre officier, ils n'existent pas aux yeux de la loi. Mais dès que l'opposition est signifiée par exploit d'huissier, l'officier de l'état civil doit s'arrêter; il n'est pas juge de la validité de l'acte, parce que ceci est une question litigieuse sur laquelle les auteurs ne sont pas d'accord.

Pour les motifs aussi, il y a une distinction à faire. Il y a des oppositions qui doivent être motivées, ce sont celles des collatéraux. Si un collatéral faisait une opposition sans motif aucun, l'officier public pourrait passer outre, à notre avis, car les motifs sont de l'essence de cette opposition. Mais il n'est pas juge de la validité de ces motifs, parce que cette question est susceptible de controverse. La prêtrise, par exemple, est-elle un motif légal d'empêchement? Non; toutefois la question est si vivement controversée en France, qu'elle doit au moins passer pour controversable en Belgique; or, dès qu'il y a possibilité de litige, l'officier de l'état civil est incompétent,

A l'appui de notre opinion, nous citerons les paroles de Siméon, dans son rapport au Tribunat : « En vertu du principe que les officiers de l'état civil en sont les ministres et non les juges, les oppositions, *pourvu qu'elles soient en forme régulière*, les arrêteront (1). » Tel est aussi l'avis de Merlin.

N° 2. DE LA MAINLEVÉE DE L'OPPOSITION.

397. L'article 66 dit que l'officier de l'état civil ne peut célébrer le mariage avant qu'on lui en ait remis la main-

(1) Siméon, Rapport, n° 27 (Locré, t. II, p. 98). Merlin, *Répertoire*, au mot *Opposition*, question 1re sur l'article 177. Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 419, note.



levée. Ceux qui ont formé l'opposition peuvent s'en désister volontairement. La mainlevée volontaire est-elle soumise à des formes? En disant que les parties doivent *remettre* la mainlevée à l'officier public, la loi semble exiger un acte. L'article 67 est plus explicite; il veut que l'officier de l'état civil fasse mention, sur le registre des publications, et en marge des inscriptions des oppositions, des jugements ou des *actes de mainlevée* dont *expédition* lui aura été remise. Il suit de là qu'il faut régulièrement un acte reçu par notaire et en minute. Il y a une raison pour cela. L'opposition étant un acte solennel, on conçoit que la mainlevée soit aussi authentique, afin que l'officier public ne soit pas dans le cas de célébrer un mariage sur une mainlevée qui pourrait être contestée. Toutefois la loi ne prescrivant pas l'acte notarié sous peine de nullité, on décide, et avec raison, qu'un acte équipollent suffit, pourvu qu'il soit authentique. Tel serait un acte d'huissier. Telle serait encore la déclaration de l'opposant reçue par l'officier de l'état civil, lors de la célébration du mariage (1).

398. Si l'opposant refuse de se désister, le futur époux contre lequel l'opposition est dirigée, doit en demander la mainlevée au tribunal. Il a été décidé, et avec raison, que lui seul a ce droit, car c'est lui qui est en cause; s'il garde le silence, l'autre partie ni les parents ne peuvent agir; le droit de poursuivre la mainlevée, comme le droit de se marier, doivent être exercés par la personne intéressée (2).

Devant quel tribunal la demande en mainlevée doit-elle être portée? La cour de Paris a décidé que c'est devant le tribunal du domicile de l'opposant, par application de la règle générale qui oblige le demandeur, en matière personnelle, à assigner le défendeur devant le tribunal dans le ressort duquel celui-ci est domicilié. Mais est-ce bien le cas d'appliquer le droit commun? La négative est évidente. Aux termes de l'article 176, l'acte d'opposition doit contenir une élection de domicile sous peine de nullité. Or, l'élection de domicile est attributive de juridiction.

(1) C'est l'opinion générale (Demolombe, t. III, p. 262, n° 164).
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 304.

L'article 111 le dit de l'élection volontaire. Il en doit être de même quand l'élection est commandée par la loi, car l'élection ne change pas de nature pour être légale. Tel est d'ailleurs l'unique but de l'élection de domicile prescrite par l'article 176. C'est le Tribunat qui a proposé l'article 176; et comment motive-t-il sa proposition en ce qui concerne l'élection de domicile? « Il importe, dit-il, que les parties ne soient pas tenues d'aller chercher l'opposant dans un autre lieu que celui où le mariage doit être célébré. » Cela décide la question. La jurisprudence ainsi que la doctrine se sont prononcées en ce sens (1).

399. Quand le tribunal doit-il prononcer la mainlevée? Il le doit dès qu'il n'y a pas d'empêchement légal au mariage, soit dirimant, soit prohibitif. Le principe est évident et admis par tout le monde. Il a cependant donné lieu à des difficultés dans son application aux ascendants. Leur opposition ne doit pas être motivée sur un empêchement légal. N'est-ce pas dire qu'ils peuvent former opposition pour un empêchement moral, et que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire d'accueillir ou de rejeter cette opposition? Plusieurs cours ont interprété la loi en ce sens, et dans des circonstances si malheureuses, si navrantes, que l'on ose à peine critiquer leurs arrêts. Deux fois il est arrivé qu'une jeune fille, majeure pour le mariage, a été séduite par un forçat libéré qui servait comme domestique dans la maison du père. Cette opposition a été accueillie par les cours de Caen et de Bourges. « Dans l'ancienne jurisprudence, dit l'arrêt de Bourges, ce misérable eût payé le crime de séduction de sa vie; si la loi s'est relâchée de cette sévérité, au moins ne doit-on pas réduire un père à cet état affreux de voir son nom déshonoré par une alliance infâme, son petit-fils flétri dans l'opinion publique, même avant que de naître, et sa fille elle-même réduite, quand l'égarement des sens sera calmé, à pleurer toute sa vie l'infamie et le malheur auquel un pareil mariage la conduirait. »

(1) Voyez les témoignages dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 305. Il faut ajouter un arrêt de rejet de la cour de cassation, du 16 mars 1859 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1859, 1, 316).



C'est un cri échappé du cœur, mais les arrêts de la justice ne sont pas une affaire de sentiment; il faut des motifs juridiques pour admettre une opposition à un mariage; et, avouons-le, les motifs allégués par les cours de Caen et de Bourges sont d'une faiblesse extrême. La loi, disent-elles, permet l'opposition du père sans déterminer les motifs qui y peuvent donner lieu; dès lors on ne peut pas les limiter aux empêchements légaux; le père étant le meilleur ami de ses enfants, le plus intéressé à leur bonheur, le gardien de l'honneur de sa famille, la loi a voulu l'investir d'une magistrature illimitée, sauf aux tribunaux à examiner si les raisons qu'il allègue sont fondées. Ce singulier raisonnement n'a pas trouvé faveur devant la cour de cassation; elle a cassé l'arrêt de Bourges. L'interprétation qu'il donne aux articles 173 et 176 est inadmissible, dit la cour suprême. En effet, il en résulterait que l'ascendant aurait encore le droit d'empêcher le mariage, alors que l'enfant majeur peut le contracter malgré son refus; il en résulterait que les tribunaux seraient indirectement appelés à donner ou à refuser le consentement à un mariage pour lequel le futur époux n'a plus besoin de consentement. En vain dit-on que le droit d'opposition des ascendants serait illusoire, si le tribunal devait en prononcer la mainlevée dès qu'il n'y a pas un empêchement légal au mariage. Non, ce droit n'est pas illusoire; les orateurs du gouvernement et du Tribunat ont très-bien expliqué que le but de cette opposition non motivée était d'arrêter le mariage, et de donner par là le temps aux mauvaises passions de se calmer. Le père, dit Portalis, se rend opposant parce qu'il sait que le temps est une grande ressource contre les déterminations qui peuvent tenir à la vivacité du caractère ou à la fougue des passions. » « La sage lenteur des tribunaux, dit Gillet, peut encore, entre l'impétuosité des passions et la célébration du mariage, ménager, au profit de la réflexion, d'utiles intervalles (1). »

(1) Voyez les arrêts dans Dalloz, n° 264-265. Il faut ajouter un arrêt de Pau du 18 juin 1867 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1867, 2, 144). Comparez Merlin, *Répertoire*, au mot *Opposition*, article 173, n° 4 (t. XXII, p. 95 et s.).

Merlin s'étonne de ce que des cours d'appel aient admis une interprétation de la loi qui est une vraie violation de la loi; heureusement, dit-il, que la cour de cassation a réprimé cet excès de pouvoir. Il y a souvent des luttes douloureuses entre le cri de la conscience et les exigences de la légalité; trop souvent les magistrats se laissent entraîner par la puissance des faits, et ils cherchent à échapper à la rigueur de la loi par des raisons telles quelles. C'est une tendance dangereuse; voilà pourquoi nous applaudissons avec Merlin à la sage sévérité de la cour de cassation. Il ne faut pas que les juges aient la prétention d'être plus sages que le législateur. Nous disons plus : dans l'espèce, et malgré la révolte du cœur, le législateur a raison. C'est le plus grand bien de l'homme qui est en cause, la liberté. Il arrive un âge où il doit être libre de gouverner sa personne et de diriger sa destinée. L'homme peut abuser de sa liberté, dira-t-on. Soit, c'est à ses risques et périls. Mieux vaut la liberté avec ses excès qu'une servitude éternelle.

400. Nous avons déjà fait la remarque que les tribunaux aiment à prendre parti pour les parents contre les enfants. C'est un sentiment très-louable, mais il ne faut pas oublier que les enfants, de leur côté, ont un droit; arrivés à un certain âge, ils peuvent se marier sans le consentement de leurs ascendants. Or, les droits sont placés sous la protection de la justice; le juge a donc le devoir de respecter le droit de l'enfant et de le faire respecter. La cour de Paris a ordonné à une fille majeure de quitter le domicile de son futur époux avec lequel elle vivait en concubinage, et d'aller habiter chez un oncle. Chose étrange! L'arrêt invoque la liberté de la jeune fille : dominée, dit-il, par la séduction de tous les jours, de tous les instants, elle n'est pas libre d'écouter les conseils de ses parents; c'est pour assurer sa liberté que le juge lui ordonne de se retirer dans une maison où elle pourra voir librement les personnes de sa famille (1). La cour ne voit pas que sous le prétexte de garantir la liberté, elle la dé-

(1) Arrêt du 21 février 1825 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 322).

truit. Le majeur est libre de disposer de sa personne; l'empêcher d'user de cette liberté, c'est la violer. Sans doute, il en peut abuser. Mais la liberté, par son essence, n'implique-t-elle pas la faculté de l'abus? La liberté de ne faire que le bien aboutirait à la servitude, car il faudrait à l'homme un guide qui l'empêchât de dévier de la voie du devoir. Que deviendrait alors sa liberté? Une servitude déguisée.

La question a été décidée en ce sens par la cour de cassation. Une jeune fille, mêlée dès sa plus tendre enfance aux querelles qui troublaient le ménage de ses parents, vécut séparée de son père depuis l'âge de neuf ans, sous la domination de son aïeule maternelle, qui conserva toujours les animosités et les rancunes que la mort de sa fille aurait dû éteindre. A peine majeure, elle somma son père de consentir au mariage qu'elle voulait contracter sous l'inspiration de son aïeule. Le père y forma opposition. Sous l'empire des faits que nous venons de résumer, la cour de Montpellier décida que pendant trois mois il serait sursis à la célébration du mariage; que, durant ce temps d'épreuve, la jeune fille se retirerait chez son père ou dans une maison tierce, à son choix, et qu'elle recevrait son père chaque fois qu'il jugerait convenable de lui apporter ses conseils. La cour dit, à l'appui de cette décision, que les tribunaux, saisis de l'opposition et pouvant y faire droit, ont par cela même la faculté de prescrire les mesures nécessaires pour sauvegarder l'autorité paternelle et garantir la liberté du consentement. C'était encore une fois une lutte entre les faits et la loi. La cour de cassation cassa l'arrêt de Montpellier pour excès de pouvoir. Il est certain que l'autorité paternelle était invoquée à tort. Quand l'enfant a atteint sa majorité, il n'y a plus de puissance paternelle. A la vérité, il doit toujours respect à ses père et mère, mais la loi a pris soin de définir à quoi l'enfant est tenu, à raison de ce respect, quand il se marie; dès qu'il fait des actes respectueux, il a le droit de contracter mariage. Le père peut encore former opposition, mais la loi veut que la demande en mainlevée soit jugée dans les plus brefs délais; elle ne donne pas au tribunal le droit de surseoir

pendant un temps plus ou moins long à la célébration du mariage, ni de prescrire de nouvelles épreuves. Une pareille décision, dit la cour suprême, porte atteinte à la liberté qu'a l'enfant de contracter mariage quand il a satisfait à toutes les prescriptions légales (1).

401. Un père forme opposition au mariage de sa fille pour cause de démence; le tribunal peut-il, par application de l'article 174, prononcer mainlevée pure et simple de l'opposition, ou doit-il admettre l'opposant à provoquer l'interdiction? A première vue, on serait tenté de croire que le texte de la loi ainsi que son esprit décident la question en faveur de l'ascendant. En effet, le code donne aux ascendants un pouvoir illimité d'opposition, tandis qu'il circonscrit le droit des collatéraux dans des limites très-étroites; craignant que, même dans ces limites, les collatéraux n'abusent du droit qu'il leur accorde en alléguant la folie, il permet au tribunal de réprimer cet abus en prononçant immédiatement la mainlevée. Mais, dit un arrêt de la cour de Bruxelles, ces limitations ne sont ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi, lorsqu'il s'agit de l'opposition des ascendants; le législateur présume que chez eux l'affection seule dicte l'opposition qu'ils forment, tandis que trop souvent les collatéraux n'écoutent que leur intérêt. Merlin dit que cet arrêt paraît avoir saisi le véritable esprit du code civil (2). La jurisprudence française s'est prononcée dans un sens contraire, ainsi que la doctrine, et nous croyons que c'est avec raison. Si le texte ne parle pas des ascendants, c'est par une raison très-simple; ils ne doivent pas motiver leur opposition, et d'ordinaire ils ne le font pas; dès lors la loi ne pouvait pas prévoir le cas où un père motiverait son opposition sur la démence du futur époux. Mais s'il le fait, le tribunal ne peut-il pas de suite rejeter cette opposition, s'il la croit mal fondée? C'est le droit commun en matière d'opposition et même en toute matière. Pourquoi le juge permettrait-il d'entamer une procédure, alors qu'il est convaincu d'avance que l'oppo-

(1) Arrêt du 8 décembre 1856 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1856, 1, 436).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Opposition*, article 174, n° 6 (t. XXII, p. 105 et suiv.).



sition n'est pas sérieuse? Ce serait le forcer à arrêter un mariage, alors que le vrai esprit de la loi en permet la célébration (1).

402. L'opposition des ascendants a encore soulevé une autre difficulté. Un père fait opposition au mariage de son fils majeur de vingt-cinq ans, en la fondant sur une demande intentée en justice et ayant pour objet de donner un conseil à son fils pour cause de prodigalité. L'opposition a été accueillie par la cour de Caen, en ce sens qu'il serait sursis au mariage pendant quatre mois, temps suffisant pour faire statuer sur l'instance. Il est vrai que la prodigalité n'est pas un empêchement au mariage, mais quand le prodigue est placé sous conseil, il ne peut disposer de ses biens qu'avec son assistance. Or, n'importe-t-il pas que cette assistance soit assurée au prodigue, précisément dans le contrat où sa faiblesse le porterait à disposer à tort et à travers de sa fortune? Cela est vrai, mais cela autorise-t-il le tribunal à arrêter la célébration du mariage, alors qu'il n'y a aucun empêchement légal? L'arrêt de Caen invoque le texte et l'esprit de la loi. De texte, il n'y en a pas; quant à l'esprit de la loi, il n'est pas douteux. Elle veut que la procédure en mainlevée se fasse avec une rapidité tout exceptionnelle (art. 177,178). Dès lors, c'est un devoir pour le juge de prononcer la mainlevée de suite, dès qu'il n'y a pas d'empêchement légal. Dalloz, qui approuve la décision de la cour de Caen, avoue qu'il y a ici un peu d'arbitraire; mais, dit-il, est-ce trop, quand il s'agit du bonheur des enfants, d'accorder, sous la tutelle des tribunaux, un pareil effet à la puissance paternelle (2)? Cela s'appelle décider les questions de droit par des mots. Répétons que la puissance paternelle n'était pas en cause, puisque l'enfant était majeur de vingt-cinq ans. Reste donc l'arbitraire avoué. Qu'il y en ait peu ou beaucoup, qu'importe? Le juge qui se permet le moindre arbitraire est coupable; et le jurisconsulte ne doit pas oublier que les lois sont faites pour éviter l'arbitraire.

(1) Ainsi décidé par deux arrêts de Caen, du 12 octobre 1857 et du 5 janvier 1858 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1859, 2, 82). Comparez Demolombe, t. III, p. 233, n° 141.

(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 266.

N° 3. DU JUGEMENT DE MAINLEVÉE.

403. L'article 177 dit que le tribunal de première instance prononcera dans les dix jours sur la demande en mainlevée. S'il y a appel, ajoute l'article 178, il y sera statué dans les dix jours de la citation. Pourquoi la loi prescrit-elle cette célérité tout à fait exceptionnelle? Les dispositions que nous venons de transcrire prouvent que le législateur tient à garantir le droit de ceux contre lesquels l'opposition est dirigée. Y a-t-il un empêchement légal, il est juste que le mariage soit arrêté. Mais s'il n'y en a pas, il est tout aussi juste que le mariage puisse être célébré. C'est plus qu'une question d'équité. Quand il n'existe pas d'empêchement, ni dirimant ni prohibitif, le droit de contracter mariage est absolu; or, ce droit pourrait être compromis par un long retard, l'expérience prouvant, comme le dit Toullier, que les retardements font souvent échouer les mariages. Preuve que les tribunaux, loin de se servir de l'opposition pour arrêter les mariages, doivent écarter les obstacles mal fondés qu'on leur oppose; à plus forte raison, ne doivent-ils pas créer des obstacles que la loi ignore.

Faut-il conclure des articles 177 et 178 que l'instance est périmée par cela seul qu'il n'y est pas statué dans les dix jours? La cour de cassation a décidé avec raison la négative; en effet la loi ne prononce pas la péremption, et il n'y avait pas lieu à la prononcer; car c'est uniquement dans l'intérêt de ceux qui demandent la mainlevée que la loi prescrit les brefs délais. D'où suit que ceux qui ont formé l'opposition ne peuvent jamais s'en prévaloir (1).

404. On demande si le recours en cassation est suspensif. La loi qui a institué la cour de cassation répond à la question. Elle porte que « la demande en cassation n'arrête pas l'exécution du jugement, et que, dans aucun cas et sous aucun prétexte, il ne pourra être accordé de surséance. » Il est vrai qu'il y a quelques exceptions à

(1) Arrêt du 4 novembre 1807 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 312).

cette règle. Il y en a une en matière de divorce (art. 263). On s'en est prévalu pour soutenir qu'il en devait être de même, par identité de raison, en matière d'opposition. En effet, si l'arrêt vient à être cassé, et si le mariage a été célébré, que fera-t-on? Annulera-t-on le mariage? Quel trouble dans les familles! Le maintiendra-t-on? Voilà un mariage déclaré illégal par la cour suprême, qui sera légal! Quelle atteinte portée à l'autorité de la loi!

Merlin fait une réponse péremptoire à ce raisonnement. En matière de lois exceptionnelles, on ne raisonne pas par analogie ni par identité de motifs. Y a-t-il d'ailleurs analogie? Non. Le législateur n'a autorisé le divorce qu'à regret; il devait donc suspendre l'exécution de l'arrêt qui l'admet. Au contraire, il favorise le mariage et il a hâte en quelque sorte d'écarter les oppositions qui l'entravent; il devait donc maintenir la règle en vertu de laquelle le pourvoi en cassation n'est pas suspensif. La jurisprudence est d'accord avec la doctrine (1).

405. Si, après un arrêt qui prononce la mainlevée, le mariage est célébré, et si ensuite la cour de cassation casse l'arrêt, le mariage sera-t-il aussi annulé? Marcadé l'a soutenu. La cassation d'un arrêt, dit-il, met cet arrêt au néant et le fait réputer non avenu; il opère donc nullité de tout ce qui a été fait en vertu de l'arrêt cassé. Or, le mariage a été célébré en vertu de l'arrêt qui a prononcé la mainlevée, donc il doit tomber avec cet arrêt (2). Cette opinion est une de ces doctrines singulières que Marcadé a imaginées, et qui lui ont donné la réputation d'un esprit original. Il y a une originalité de mauvais aloi, c'est celle qui va à la recherche d'opinions nouvelles; la science du droit comporte peu d'innovations, elle est essentiellement traditionnelle, et quand il y a lieu à innover, c'est le législateur qui le fait et non l'interprète. La mission du jurisconsulte n'est donc pas de faire la chasse aux nouveautés; elle est plus modeste, mais aussi plus sûre : il doit appli-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Opposition*, article 178, n° 3 (t XXII, p. 111). La question a été décidée en ce sens par un arrêt de Rouen du 7 décembre 1859 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1861, 5, 308, n° 9).

(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 447, n° 2 de l'article 178.

quer les principes aux questions qui se présentent dans l'application de la loi, et ces principes, il les puise dans la loi même et dans la tradition. Voyons donc si Marcadé a fait une juste application des principes.

Son opinion n'a pas trouvé faveur. On l'a combattue, en signalant les graves inconvénients, les conséquences absurdes qui en résultent. Quoi! dit-on, un arrêt prononce la mainlevée d'une opposition, il n'y a plus d'obstacle au mariage, l'officier de l'état civil le célèbre et il est obligé de le célébrer. Puis intervient un arrêt de cassation qui casse et annule le mariage. Quel trouble, quel bouleversement dans les familles! Ce n'est pas tout. La cour devant laquelle l'affaire est renvoyée peut prononcer de nouveau la mainlevée, et de nouveau le mariage pourra, devra être célébré, et il sera valable jusqu'à ce qu'un second arrêt de cassation vienne l'annuler une seconde fois. Se joue-t-on ainsi d'un contrat qui est la base de la moralité, le fondement de l'ordre social? Supposons que, malgré un arrêt qui maintient l'opposition, le mariage soit célébré, il sera néanmoins valable, à moins qu'il n'y ait un empêchement dirimant qui l'annule; et l'on veut que le mariage soit cassé, alors qu'il est célébré en vertu d'un arrêt (1)!

Tout cela est vrai, mais Marcadé ne pourrait-il pas répondre : « Les inconvénients que vous signalez découlent du principe que le pourvoi en cassation n'est pas suspensif en matière d'opposition. C'est au législateur à y porter remède. Quant à l'interprète, il n'a pas à se préoccuper des avantages ni des inconvénients que présente une loi, il doit l'appliquer telle qu'elle est. Ce n'est donc pas par les conséquences qui dérivent de la cassation, qu'il faut combattre mon opinion; prouvez-moi que mon raisonnement est faux. » Nous croyons, en effet, que l'argumentation de Marcadé porte à faux. Sans doute, la cassation de l'arrêt entraîne l'annulation de tout ce qui s'est fait en exécution de cet arrêt. Mais qu'entend-on par *exécution?* C'est l'exécution forcée qu'un créancier poursuit contre son débiteur, et à laquelle celui-ci ne peut pas

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 267, n° 170.

échapper, puisque le pourvoi n'est pas suspensif. Quand ensuite l'arrêt est cassé, les choses sont replacées, et elles peuvent l'être, dans l'état où elles étaient avant l'arrêt; car il ne s'agit que d'intérêts pécuniaires à régler. Peut-on en dire autant d'un arrêt qui prononce la mainlevée d'une opposition? Y a-t-il là une exécution forcée que l'une des parties poursuit contre l'autre? Non, certes, car un seul des futurs époux est en cause; et l'arrêt se borne à décider qu'il n'y a pas d'obstacle légal à son mariage. Est-ce à dire que le mariage, s'il se célèbre, sera l'exécution forcée de l'arrêt? La question ne peut pas même être posée. Dès lors, quand l'arrêt est cassé, on ne peut pas dire que le mariage doit tomber, comme ayant été célébré en exécution de l'arrêt. Et cela est aussi fondé en raison. On conçoit que la cassation annule ce qui a dû se faire par suite de l'exécution forcée de l'arrêt. On ne conçoit pas qu'il annule ce qui aurait pu, à la rigueur, se faire sans l'arrêt. Le mariage sera donc maintenu.

406. Si l'opposition est rejetée comme nulle en la forme, peut-elle être renouvelée? On admet assez généralement l'affirmative, et avec raison. C'est le droit commun. Il faudrait donc une disposition formelle qui défendît toute opposition nouvelle. On cite les articles 177 et 178, qui prescrivent de juger les demandes en mainlevée dans les plus brefs délais : donc l'esprit de la loi défend, dit-on, de renouveler sans cesse les oppositions. La conséquence n'est pas logique. De ce que la loi veut qu'une instance soit promptement vidée, cela ne prouve pas qu'il ne puisse y avoir une instance nouvelle.

Nous croyons qu'il en est de même, si la demande en mainlevée a été rejetée au fond. Ce point est cependant controversé; on dit qu'il est impossible d'admettre des oppositions successives qui retarderaient indéfiniment la célébration du mariage. Nous répondons que cet argument s'adresse au législateur; dans le silence de la loi, les tribunaux doivent recevoir toute action, et on ne peut opposer que les fins de non-recevoir consacrées par la loi. Il faudrait donc un texte qui n'existe pas. Mais est-il vrai que la loi permet des oppositions sans cesse renouvelées?

Il y a des opposants qui ne peuvent alléguer qu'une seule cause : c'est le conjoint; si son opposition est rejetée, il ne la peut certes pas renouveler, car on le repousserait par l'exception de chose jugée. Les collatéraux, le tuteur et le curateur peuvent former opposition pour deux causes seulement; il pourra donc tout au plus y avoir deux oppositions, ce qui sera encore très-rare. Restent les ascendants : si leur opposition n'est pas motivée, ils ne peuvent en faire une nouvelle non motivée, on les repousserait encore par l'autorité de la chose jugée. Que s'ils allèguent un empêchement et s'ils succombent, ils pourront à la rigueur en alléguer un autre, mais ces débats aussi ont leur terme, car les empêchements sont limités et peu nombreux (1).

N° 4. DES DOMMAGES-INTÉRÊTS.

407. « Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, pourront être condamnés à des dommages-intérêts. » (Art. 179.) L'opposition peut être tracassière, méchante; dans ce cas, il y a dol, et partant responsabilité. Il se peut aussi que l'opposition ne soit pas doleuse, cela n'empêchera pas le tribunal de condamner l'opposant à des dommages-intérêts. Portalis le dit : « N'importe qu'il n'y ait eu qu'imprudence ou erreur dans la personne qui a cru devoir se rendre opposante : il n'y a point à balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre. » La loi est conçue en ce sens, elle donne aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire. Il y a exception pour les ascendants. Non que leur opposition ne puisse être injuste; les parents peuvent avoir leurs préjugés, comme les enfants ont leurs passions. Si la loi ne veut pas qu'on les condamne à des dommages-intérêts, c'est, dit Portalis, que le père est déjà trop malheureux de la résistance de son enfant et de l'union qu'il va contracter. Le punir encore en lui

(1) Comparez Demolombe, t. III, p. 274, n° 176. Voyez, en sens contraire, un arrêt de Gand du 27 juin 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 151).

infligeant une condamnation, ce serait le punir pour avoir fait ce qu'il considère comme un devoir (1).

On a soutenu que les ascendants ne devaient pas être condamnés aux dépens, ou qu'au moins les dépens devaient être partagés. Voilà, encore une fois, une de ces opinions qui, à force de vouloir favoriser l'opposition des ascendants, violent la loi. Le code de procédure est on ne peut plus explicite. « Toute partie qui succombera, dit l'article 130, sera condamnée aux dépens. » Y a-t-il une exception en faveur des ascendants? S'il n'y en a pas, l'interprète peut-il en créer une, en disant que les ascendants ne pouvant pas être condamnés à des dommages-intérêts, ne peuvent par cela même être condamnés aux dépens? Ce serait faire la loi ou la modifier, ce qui revient au même. Autre chose sont les dépens, autre chose les dommages-intérêts. L'article 179 du code civil est donc très-conciliable avec l'article 130 du code de procédure; ce qui décide la question, si question il y a. Quant à la compensation des dépens, il faut dire qu'elle est facultative, mais non obligatoire. Nous avons encore un texte; aux termes de l'article 131, les dépens *pourront* être compensés, en tout ou en partie, entre ascendants et descendants. C'est au tribunal à voir s'il y a lieu d'user de cette faculté (2).

408. Faut-il, pour l'évaluation des dommages-intérêts, appliquer les principes posés au titre des Obligations? Un arrêt de la cour de Bruxelles décide qu'il n'y a pas lieu à l'application des principes généraux (3). Il suffit de lire l'article 1149 pour s'en convaincre. On y lit que « les dommages et intérêts dus au *créancier* sont, en général, de la perte qu'il a faite et du *gain* dont il a été privé. » Peut-on dire que le futur époux est un *créancier*? peut-on dire qu'il a été privé d'un *gain*? Nous supposons que l'opposition a fait manquer le mariage; est-ce le cas de supputer le profit que cette union aurait procuré? Le mariage et l'opposition qui y est faite ne sont pas une question de dette

(1) Portalis, Exposé des motifs, n° 36 (Locré, t. II, p. 388).
(2) Demolombe, t. III, p. 273, n° 175. Arrêt de Bruxelles du 26 décembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 176).
(3) Arrêt du 29 juillet 1835 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 331).

ni de créance; il s'agit d'intérêts moraux. Si la loi permet de condamner les opposants à des dommages-intérêts, c'est une espèce de peine qu'elle prononce contre ceux qui par malice ou légèreté arrêtent un mariage. Les tribunaux jugeront d'après leur prudence.

SECTION VI. — Des formalités prescrites pour la célébration du mariage.

§ Ier. *Principes généraux.*

409. Le mariage est un contrat, en ce sens qu'il exige le concours du consentement des futurs époux. Mais le seul consentement ne suffit point, il doit être exprimé dans les formes prescrites par la loi. Le mariage est donc un acte solennel. C'est en présence d'un officier public que les futurs époux doivent consentir; c'est l'officier public qui prononce que les futurs époux sont mariés. Ainsi le consentement ne suffit pas; il faut la solennité. Il est inutile d'insister sur les raisons pour lesquelles le législateur a fait du mariage un acte solennel. Il y a même des contrats et des actes d'intérêt privé que la loi prescrit de recevoir dans les formes qu'elle établit : tels sont les contrats de donation et d'hypothèques, telles sont les conventions matrimoniales et les testaments. Si pour les conventions concernant les biens des futurs époux, la loi exige des solennités, à plus forte raison a-t-elle dû prescrire des formes solennelles pour le mariage, qui est le fondement de la société, la base de la moralité privée et publique.

Faut-il appliquer au mariage les principes qui régissent les contrats et actes solennels? Le code, en parlant des donations nulles en la forme, dit qu'elles doivent être refaites en la forme légale, que le donateur ne peut par aucun acte confirmatif réparer les vices qui l'infectent. C'est dire que les solennités sont requises pour l'existence même de la donation. Ce principe reçoit-il son application au mariage? Nous avons d'avance répondu à la question, en traitant des conditions requises pour l'existence du

mariage (nos 271 et suiv.). Il est de l'essence du mariage que le consentement des futurs époux soit reçu par un officier de l'état civil et que l'union soit prononcée par lui. Les autres formes ne sont pas substantielles, en ce sens qu'elles ne sont pas prescrites pour que le mariage existe. Mais le sont-elles pour la validité du mariage? doivent-elles être observées à peine de nullité?

410. Non; le mariage intéresse à un trop haut degré le bonheur des familles et la conservation de la société, pour que le législateur en ait permis l'annulation à raison de l'inaccomplissement de la moindre formalité. L'annulation du mariage produirait plus de mal qu'il n'en résulterait du maintien d'un mariage, quoique fait en violation de la loi. C'est au législateur à voir quelles sont les formalités dont l'observation est assez importante pour qu'il y attache la peine de nullité. Il n'y en a que deux, la publicité et la compétence de l'officier de l'état civil. Pourquoi la loi permet-elle d'annuler le mariage, quand il n'a pas été célébré publiquement, ni devant l'officier compétent? Le mariage doit être public, d'abord parce que la publicité empêche les mariages pour lesquels il y aurait un empêchement dirimant; et la société est intéressée à prévenir des unions que la loi réprouve et annule. Ensuite la publicité assure la stabilité des mariages: contractés dans un esprit de perpétuité, il importe qu'ils soient célébrés à la face de la société, afin qu'ils soient à l'abri des passions mobiles de l'homme. C'est la raison pour laquelle les diverses religions les placent sous l'invocation de Dieu. Or, la société est l'organe de Dieu; elle donne sa sanction solennelle à l'union indissoluble contractée par les époux. Enfin, le mariage intéresse les tiers et par suite la société, parce qu'il modifie l'état ou les droits des futurs époux. La femme, capable avant de se marier, est frappée d'incapacité juridique après le mariage; tous ceux qui traitent avec elle sont intéressés à connaître ce changement d'état. De son côté, le mari acquiert des droits sur les biens de la femme, et ses immeubles sont frappés d'une hypothèque légale au profit de la femme. Les tiers ont intérêt à connaître ces droits et ces charges. De là la

haute importance de la publicité. La compétence de l'officier public, comme nous le dirons plus loin, joue aussi un rôle dans la publicité; c'est la raison pour laquelle la loi permet d'annuler le mariage célébré par un officier incompétent.

411. Quelle est la sanction des formalités dont l'inobservation n'entraîne pas la nullité du mariage? Il y en a que le législateur sanctionne par une amende (art. 192, 193); il y en a qui n'ont aucune sanction pénale (art. 75, 66). Ont-elles une sanction civile? Si une irrégularité cause un dommage aux époux ou aux tiers, l'officier public qui l'a commise sera responsable. L'acte de mariage, par exemple, doit être rectifié; c'est l'officier de l'état civil qui a commis l'irrégularité, il est responsable en vertu du principe général posé par les articles 1382 et 1383. La responsabilité civile peut concourir avec la sanction pénale (art. 52).

§ II. *Où le mariage doit-il être célébré.*

412. Un auteur français se plaint qu'après tant d'années écoulées depuis la publication du code, on ne soit pas encore d'accord sur cette question d'un intérêt usuel : Où le mariage doit-il être célébré (1)? La plainte est fondée, mais à qui la faute? Est-ce le législateur qui est coupable? ou sont-ce les interprètes? Nous croyons que la loi est on ne peut plus claire; si, malgré cela, la question est si controversée que la doctrine désespère d'arriver à une solution définitive, il faut bien que la faute en soit à ceux qui interprètent la loi. Il en est de cette controverse comme de bien d'autres; si les interprètes avaient plus de respect pour le texte de la loi, s'ils ne lui faisaient pas violence pour y chercher ce qu'ils désirent y trouver, il y aurait bien moins de questions controversées; notre science gagnerait en certitude et en autorité, car ce qu'on reproche précisément aux légistes, ce sont leurs éternelles discussions; ils discutent tant, dit-on, qu'ils finissent par douter de tout, même des vérités les plus évidentes. Nous

(1) Valette, *Explication sommaire du livre Ier du code Napoléon*, p. 91.

offrons un remède contre ce mal aux jeunes docteurs, avocats ou magistrats, c'est le respect du texte et des principes ; ils rencontreront toujours des difficultés, mais il en restera peu dont la décision soit douteuse.

Nous demandons où le mariage *doit* se célébrer, nous ne demandons pas où la célébration *peut* avoir lieu. S'il est vrai, et cela ne fait pas de doute, que le mariage doit être entouré de la plus grande publicité, il faut que la loi détermine le lieu où le mariage doit être célébré, afin qu'il ait toute la publicité possible. Il ne peut pas s'agir ici d'une faculté laissée aux parties ; ce n'est pas une question de liberté, c'est une question d'intérêt social. Voilà ce que la nature des choses nous dit, et ce principe est confirmé par nos textes. L'article 74 porte : « Le mariage *sera célébré* dans la commune où l'un des époux aura son *domicile.* » *Sera*, dit la loi, c'est le style impératif, c'est un commandement qui ne laisse rien à l'arbitraire des parties. Quel est ce domicile? Est-ce le domicile de droit défini par l'article 102, le lieu où tout Français a son principal établissement, le lieu où il exerce ses droits civils? L'article 74 répond à notre question : « Ce domicile, *quant au mariage*, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune. » Il y a donc un domicile, *quant au mariage*, ce qui indique un domicile spécial, partant une exception à l'article 102. En effet, la loi dit que ce domicile spécial s'établit par six mois d'*habitation continue*, donc par la résidence, à la différence du domicile de droit qui peut, à la rigueur, exister sans résidence aucune ; qui, en tout cas, existe alors même qu'il n'y aurait qu'une résidence d'un jour (1). Combinons maintenant la définition que l'article 74 donne du domicile, *quant au mariage*, avec le principe posé par ce même article sur le lieu où le mariage *sera* célébré ; nous aboutirons à cette conséquence claire comme la lumière du jour : le mariage *doit* être célébré dans la commune où l'un des époux a une habitation continue de six mois.

Telle est la règle posée par l'article 74 ; certes, il n'y a

(1) Voyez plus haut, n° 79, p. 108.

pas de texte plus clair dans tout le code civil. Il faut dire encore la raison pour laquelle la loi établit un domicile spécial, *quant au mariage*. La définition même de ce domicile nous fait connaître le motif pour lequel la loi a fait exception au domicile général ; c'est *l'habitation continue pendant six mois* qui le détermine, tandis que le domicile de droit est indépendant de l'habitation, en ce sens que l'on peut avoir son domicile de droit là où l'on n'habite pas. Pourquoi, au lieu de maintenir le domicile de droit pour la célébration du mariage, le législateur a-t-il prescrit un domicile spécial qui s'établit par la résidence? Il a choisi le lieu où les futurs époux sont connus, parce que le mariage n'est réellement public que s'il est célébré là où tous les intéressés connaissent les époux. Faut-il demander si ce lieu est celui de la *résidence* ou du *domicile de droit?* Ce sont des mineurs qui se marient ; ils habitent Gand, tandis que leur tuteur est domicilié à Bruges, où les futurs époux n'ont jamais mis le pied. Où seront-ils connus? à Gand ou à Bruges? Le domicile de droit peut être inconnu, il est parfois fictif, il faut être jurisconsulte pour dire où il est. Et c'est à un domicile inconnu, fictif, contesté ou contestable, que la loi ordonnerait de célébrer le mariage, alors qu'elle veut que la célébration soit connue de tous ceux qui ont intérêt à la connaître! Le législateur a été plus logique ; il n'a pas voulu que le mariage fût célébré au domicile de droit, parce que très-souvent le mariage n'y aurait pas eu de publicité. Il a voulu que le mariage soit célébré là où les futurs habitent depuis six mois ; là on doit les connaître, puisqu'on les voit tous les jours. Mais pour être bien sûr qu'on les y connaît, la loi prescrit que l'habitation soit *continue* ; encore une règle spéciale au domicile, *quant au mariage*, exception qui prouve de nouveau que nous sommes en dehors du droit commun (1).

413. Nous pourrions encore invoquer l'ancien droit et la loi de 1792, que le code n'a fait que reproduire. Mais il y a aussi controverse sur l'ancien droit ; pour ne pas

(1) Duranton, t. II, p. 163, nos 220-224. Marcadé, t. Ier, p. 433, no 1 de l'article 74.

embarrasser le débat en y mêlant un autre débat, nous préférons nous en tenir au code civil. Qu'oppose-t-on au texte si clair de l'article 74 et à l'esprit de la loi, tout aussi clair? On prétend que le mariage peut aussi se célébrer au domicile de droit; on cite l'article 165 qui porte : « Le mariage sera célébré publiquement, devant l'officier civil du *domicile* de l'une des deux parties. » Cette disposition, dit-on, est tout aussi claire, tout aussi formelle que l'article 74. Elle ne parle pas de la résidence ni de l'habitation pendant six mois; elle parle du *domicile*, et dans le langage du code, le *domicile* est toujours le domicile de droit, tel qu'il est défini par l'article 102. Si par le mot *domicile*, dans l'article 165, le législateur avait entendu le domicile spécial qu'il établit dans l'article 74, *quant au mariage*, il l'aurait dit. On ne peut pas admettre qu'il s'y soit référé tacitement. « Une pareille combinaison de textes, dit M. Valette, ainsi *cachée* et *sous-entendue*, serait pour les interprètes et pour les justiciables un véritable piége (1). » A notre tour nous dirons qu'avec un pareil système d'interprétation, les questions les plus claires doivent devenir obscures. Mettons en regard les deux articles entre lesquels on prétend qu'il y a antinomie. L'article 74 commence par dire : « Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son *domicile*. » Ce sont presque les termes de l'article 165 : « Le mariage sera célébré devant l'officier de l'état civil du *domicile* de l'une des deux parties. » Voilà deux dispositions identiques : l'une et l'autre veulent que le mariage soit célébré au *domicile* des parties. Mais quel est ce domicile? A cette question, l'article 74 répond : « *Ce domicile, quant au mariage*, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune. » Le code définit donc le *domicile, quant au mariage*. Devait-il répéter dans l'article 165 ce qu'il venait de dire dans l'article 74? A quoi bon? N'est-il pas question du *domicile, quant au mariage*, dans l'article 165? Et ce domicile n'était-il pas défini d'avance dans l'article 74? Faut-il répéter sans cesse des définitions? le faut-il dans deux dispositions identiques? Les motifs pour les-

(1) Valette, *Explication sommaire du livre Ier du code civil*, p. 92 et s.

quels le législateur établit un domicile spécial, *quant au mariage*, dans l'article 74, avaient-ils cessé quand il s'est occupé de ce même domicile dans l'article 165? Fallait-il rappeler expressément l'article 74? Et pourquoi, alors que les deux articles n'en font qu'un?

Chose remarquable! Ceux qui se plaignent que l'article 165 renferme un piége, si on l'interprète par l'article 74, sont obligés d'altérer cet article 74 pour lui trouver un sens. D'après eux, l'article 165 pose la règle : le mariage se célèbre au domicile de droit; mais on peut aussi se marier là où l'on n'a qu'une simple résidence de six mois. C'est une *faveur* que l'article 74 accorde. Nous disons que l'on altère l'article 74, en le considérant comme une faveur. En effet, cette disposition est conçue en termes impératifs ; elle dit que le mariage *sera* célébré dans la commune où l'un des époux aura une habitation réelle de six mois. Est-ce qu'une faveur s'accorde par voie de commandement? Singulière faveur que celle qui consiste à dire : « Je veux que vous célébriez votre mariage à votre domicile, et ce domicile n'est pas votre domicile de droit, c'est votre résidence. » Quand le législateur parle en termes impératifs, c'est qu'il a des raisons pour cela. Nous avons dit quelles sont ces raisons. Elles excluent toute pensée de faveur; elles impliquent une nécessité, parce que l'intérêt de la société est en cause, et quand il s'agit de l'intérêt social, la loi commande ou elle défend, et elle ne laisse rien à l'arbitraire des parties contractantes.

414. On prétend que, dans notre opinion, il y a un article du code qui devient complétement inexplicable. L'article 166 dit que les publications doivent se faire au *domicile* des parties. Puis vient l'article 167, qui porte : « Néanmoins, si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites en outre à la municipalité du dernier domicile. » Le mot *néanmoins*, dit-on, implique une exception; la règle est donc que les publications ne se font pas au dernier domicile. Or, si le mariage doit nécessairement se célébrer au lieu de la résidence, les publications devront *toujours* avoir lieu au dernier domicile. Ainsi ce qui, d'après le texte

formel de la loi, était l'*exception*, deviendra la *règle* (1). Nous expliquerons plus loin les articles 166 et 167, et il nous sera très-facile de les interpréter en respectant le texte. Non, les publications au dernier domicile ne deviendront pas la règle, elles resteront l'exception; car la règle est que la résidence de six mois se confond avec le domicile de droit, et dans ce cas certainement les publications ne se feront pas au dernier domicile. Il est si vrai que l'*habitation* et le *domicile* se confondent le plus souvent, que la question qui embarrasse tant la théorie ne se présente pour ainsi dire pas dans la pratique. Il n'y a pas un seul arrêt sur la matière depuis bientôt soixante et dix ans!

415. Enfin, on trouve un argument décisif contre l'opinion que nous défendons dans les conséquences qui en résultent. Les conséquences! Elles regardent le législateur; l'interprète n'a pas à s'en préoccuper : la loi fût-elle plus qu'absurde, encore faudrait-il l'appliquer. Mais voyons s'il est vrai que notre opinion conduise à de si grandes absurdités. On demande si celui qui a une résidence de six mois dans une commune, et son domicile de droit dans une autre commune, peut se marier dans l'une ou dans l'autre? Dans notre opinion, il est évident que le mariage devra être célébré là où le futur époux a une résidence de six mois; il ne pourra pas l'être au domicile. Nous en avons dit les motifs; loin d'être absurde, cette décision est très-rationnelle. Il importe que le mariage soit célébré à la résidence où les futurs époux sont nécessairement connus, plutôt qu'au domicile, où peut-être personne ne les connaît.

Autre question : Celui qui a abdiqué le domicile réel qu'il avait dans une commune, et qui n'a pas encore acquis une habitation de six mois dans le lieu où est son nouveau domicile, peut-il célébrer son mariage, soit à son ancien domicile, soit dans son nouveau? Dans notre opinion, il faut répondre, sans hésiter, qu'il ne pourra se marier ni dans l'une ni dans l'autre commune. Il ne le peut pas dans son ancien domicile, puisqu'il n'y a plus une

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 305 et suiv., n° 200.

habitation continue de six mois; il ne le peut pas dans son nouveau domicile, puisqu'il n'y a pas encore une résidence de six mois. Voilà, s'écrie-t-on, l'absurdité! Les deux parties peuvent se trouver dans cette position; donc la célébration de leur mariage sera impossible, jusqu'à ce qu'elles aient acquis une résidence de six mois. Cela ne peut pas être; quand deux personnes sont capables de se marier, il faut aussi qu'elles puissent célébrer leur mariage. On convient que le cas arrivera rarement, on ne dit même pas qu'il se soit jamais présenté, mais il suffit qu'il soit possible, dit-on, pour que l'on doive rejeter une interprétation qui conduit à un pareil résultat. Nous reproduisons l'objection, parce que M. Demolombe la trouve décisive; mais vraiment nous ne la trouvons pas même sérieuse. Sans doute, si je suis capable de me marier, je dois pouvoir célébrer mon mariage, mais à une condition, c'est de me conformer à la loi. Si donc la loi exige que j'aie une résidence continue de six mois dans une commune, il faut que je remplisse cette condition, comme je dois remplir toutes les autres. Où est l'absurdité?

Pour échapper à cette prétendue absurdité, Marcadé a imaginé que l'ancienne résidence de six mois se continue jusqu'à ce qu'on ait acquis une nouvelle résidence de six mois, de même que l'on conserve son ancien domicile jusqu'à ce qu'on en ait acquis un nouveau. Il s'appuie sur le droit canonique. Nous croyons que le remède est pire que le mal. Le mal consiste à attendre quelques mois, tandis que le remède implique une violation de la loi. L'article 74 exige une habitation *continue* pendant six mois; or, si l'on quitte le lieu où l'on avait une habitation de six mois pour s'établir ailleurs, on n'a plus cette résidence continue qui constitue le domicile *quant au mariage;* pour la conserver dans le lieu que l'on quitte, il faudrait une disposition expresse qui déroge à l'article 74; cette disposition n'existe pas; et appartient-il à l'interprète de la créer, en ressuscitant le droit canonique abrogé par le code Napoléon?

416. Nous n'avons rien dit de la discussion; toutes les opinions y peuvent trouver un appui; c'est dire qu'elle

n'est un argument sérieux pour aucune. Mais il y a un document législatif qui décide la question dans le sens de notre opinion, c'est l'avis du conseil d'Etat du 2e jour complémentaire an XIII, approuvé le 4e. La question soumise au conseil était formulée en ces termes : « Les militaires ne peuvent-ils contracter mariage que devant l'officier de l'état civil du domicile de l'un des époux? ce domicile doit-il être acquis pour le militaire par six mois d'habitation dans le lieu où le mariage sera célébré? » On voit que la question reproduit le texte de l'article 74. Comment le conseil d'Etat y répond-il? « Que les militaires, lorsqu'ils se trouvent sur le territoire de l'empire, *ne peuvent* contracter mariage *que* devant l'officier de l'état civil des communes où ils ont résidé *sans interruption* pendant six mois, ou devant l'officier de l'état civil de la commune où leurs futures épouses ont acquis *le domicile fixé par l'article* 74 *du code civil.* » On a dit que cet avis ne décide pas la difficulté, puisque le conseil n'était consulté que sur le mariage des militaires. Oui, mais le conseil émit l'avis que les militaires sont soumis au droit commun lorsqu'ils se trouvent sur le territoire de l'empire, ce qui est évident. Et quel est ce droit commun? La décision du conseil d'Etat est tout aussi claire, tout aussi évidente que le texte du code : c'est la résidence de six mois qui seule constitue le domicile quant au mariage. Les considérants le disent; et ce qui est décisif, ils interprètent l'article 165 par l'article 74 : « Considérant que l'article 165 du code civil porte que le mariage sera célébré par l'officier civil du *domicile* de l'une des parties; que *ce domicile*, aux termes de l'*article* 74, est acquis par six mois d'habitation continue dans la même commune. » C'est précisément la doctrine que nous venons d'enseigner.

417. On demande quel est le domicile des mineurs, *quant à leur mariage*. Dans notre opinion, la réponse est très-simple : c'est le domicile défini par l'article 74. Cet article pose une règle générale; pourquoi ne l'appliquerait-on pas aux mineurs? Y a-t-il une exception dans le code, en ce qui les concerne? On dit que les mineurs ne peuvent pas acquérir un domicile qui leur soit propre,

qu'ils ont nécessairement le domicile de leurs père et mère ou tuteur (art. 108). Cela est vrai du domicile de droit défini par l'article 102; cela n'est pas vrai du domicile spécial établi par l'article 74, qui consiste dans une habitation continue de six mois. Le mineur ne peut-il pas avoir une résidence de fait? Donc il peut aussi avoir un domicile *quant au mariage.* Et il doit l'avoir. On objecte encore une fois les inconvénients qui résulteraient de l'application de l'article 74; on ne pourrait marier les filles qui quittent le couvent ou la pension, pour revenir chez leurs parents, qu'après un délai de six mois. Retard fâcheux! s'écrie M. Demolombe. En vérité, si le délai de six mois n'était pas commandé par la loi, il faudrait l'inventer pour les jeunes filles que l'on marie au sortir du couvent. Quoi! serait-ce chose fâcheuse si on leur donnait six mois pour connaître l'homme avec lequel elles vont unir leur destinée par un lien indissoluble?

Nous avons dit bien dès fois qu'il y a danger à s'écarter du texte de la loi; c'est la violer d'abord, puis c'est transformer l'interprète en législateur. M. Demolombe dit que le mariage des mineurs pourra aussi se célébrer là où leurs père, mère ou tuteur auraient une résidence de six mois; il croit que cette résidence devrait être *légalement réputée* celle du mineur, quant au mariage (1). Ainsi il y aurait une présomption *légale* sans *loi!* Et quelle présomption! Un domicile de *fait,* établi par la loi à raison de l'habitation continue du futur époux, serait déterminé par la résidence des parents ou du tuteur! Il y aurait donc un domicile de *fait sans fait* (2)!

§ III. *Des publications.*

418. L'article 63 porte : « Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera deux *publications,* à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche, devant la

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon,* t. III, p. 312, n° 204.

(2) Duranton commence par dire que, pour les mineurs, on doit avoir égard à leur domicile de droit, puis il finit par décider que les mineurs peuvent invoquer l'article 74! (*Cours de droit français,* t. II, p. 172, n° 225.)

porte de la maison commune. » La loi ajoute qu'il sera dressé acte des publications et qu'un extrait de cet acte sera et restera affiché à la porte de la maison commune, pendant les huit jours d'intervalle de l'une à l'autre publication (art. 64). On voit que la *publication* est une annonce orale du mariage ; elle remplace, au point de vue civil, les bans publiés jadis au prône. De fait, il n'y a pas de publication ; les officiers de l'état civil se bornent à afficher un *extrait de l'acte*. Cela est tout à fait irrégulier. Car l'acte n'est autre chose qu'un écrit constatant la publication. Dès lors on ne conçoit pas un *acte* sans que des publications aient été faites. L'usage l'a emporté sur la loi. Cependant le législateur attachait une grande importance aux publications ; c'est le premier élément de la publicité dont il veut entourer le mariage ; elles sont surtout indispensables pour porter le projet de mariage à la connaissance de ceux qui ont le droit d'y former opposition. Voilà pourquoi la loi veut que les publications aient lieu le dimanche (1). A quoi servent des affiches pour ceux qui ne savent pas lire ? Et le nombre, malheureusement, en est grand.

Pothier dit que les bans de mariage ne doivent se publier que du consentement des deux parties qui veulent contracter mariage (2). Si l'officier de l'état civil faisait les publications sur la demande de l'une des parties, et sans s'être assuré du consentement de l'autre, celle-ci pourrait le désavouer et réclamer des dommages-intérêts contre celui qui aurait disposé de son nom, sans son aveu, et même contre l'officier public qui se serait rendu coupable de la même faute. C'est l'opinion commune, et elle ne fait aucun doute (3).

L'article 63 indique les énonciations que doit contenir la publication. On a remarqué que la loi n'exige pas l'indication de l'âge, elle se contente de la mention que les futurs époux sont majeurs ou mineurs. C'est ce fait qui

(1) Thibaudeau, dans la séance du conseil d'État du 14 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 42, n° 6).
(2) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 76.
(3) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 334.

intéresse surtout les personnes qui ont le droit de former opposition ; toutefois comme, pour les fils, il y a une majorité spéciale, il eût mieux valu exiger l'âge. Si la loi ne l'a pas fait, c'est peut-être pour ménager la délicatesse de ceux qui se marient à un âge plus ou moins avancé.

Les actes de publication sont inscrits sur un registre spécial ; à la différence des autres registres de l'état civil, il est tenu en simple original, et joint, à la fin de l'année, aux doubles des registres qui sont déposés au greffe du tribunal (art. 63).

419. Les anciennes ordonnances exigeaient trois publications afin de prévenir les mariages clandestins ; la loi de 1792 se contenta d'une seule publication ; le code civil en prescrit deux. De fait, il n'y en a aucune. La publicité qui précède le mariage se réduit à l'affiche ; cette affiche n'est pas renouvelée, on la laisse subsister jusqu'au jour où, d'après la loi, le mariage peut être célébré. Cela ne répond certes pas au vœu de la loi. Lors de la discussion, on objecta contre la formalité d'une double affiche, qu'elle pourrait entraver la célébration et même la rendre impossible. Pour remédier à cet inconvénient, la loi permet à l'empereur, ou aux officiers qu'il prépose à cet effet, de dispenser, pour des causes graves, de la seconde publication. Aux termes de l'arrêté du 20 prairial an XI, c'est le procureur impérial qui est investi de cette mission. Comme il peut y avoir des causes graves qui commandent de hâter la célébration du mariage, il fallait naturellement donner le droit de dispense à un magistrat qui fût sur les lieux et qui pût l'accorder de suite. Quelles sont ces causes graves ? On en a signalé deux dans la discussion : le mariage *in extremis*, qui ne comporte aucun délai, et le mariage d'un officier public, civil ou militaire, obligé de se rendre immédiatement à son poste où des circonstances urgentes l'appellent. Sous l'ancien régime, les dispenses étaient une question d'orgueil : on dédaignait, dit Tronchet, de laisser prononcer publiquement son nom (1).

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 vendémiaire an X (Locré, t. III, p. 324, n° 11).

Cette sotte vanité serait très-déplacée aujourd'hui que le flot montant de la démocratie égalise toutes les conditions. Du reste, il n'y a plus de publications proprement dites; le seul but de la dispense est donc de hâter le mariage. La loi ne permet pas de dispenser des deux publications, pas même pour un mariage *in extremis* : l'intérêt de la publicité domine tout autre intérêt.

420. Où les publications doivent-elles se faire? Nous avons trois articles sur cette question, et ils donnent lieu à des controverses qui tiennent à l'incertitude de la doctrine sur le lieu où le mariage peut ou doit se célébrer. Dans notre opinion, le mariage doit toujours se célébrer dans la commune où les futurs époux ont une habitation continue de six mois. C'est à ce point de vue que nous allons nous placer pour interpréter les articles 166 et 167. Après avoir dit, dans l'article 165 que le mariage sera célébré devant l'officier civil du domicile de l'une des parties, la loi dit, dans l'article 166 : « Les deux publications ordonnées par l'article 63 seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son *domicile*. » Que faut-il entendre, dans l'article 166, par le mot *domicile?* Est-ce le domicile de droit de l'article 102, ou est-ce le domicile de fait de l'article 74? Il nous semble que la question doit être décidée dans le dernier sens. En effet, l'article 166 fait suite à l'article 165; les deux dispositions se lient, non-seulement par la place qu'elles occupent, mais surtout par le motif qui les a dictées. Pourquoi l'article 165 veut-il que le mariage soit célébré au lieu où l'un des futurs époux a une habitation de six mois? pourquoi à ce domicile de fait plutôt qu'au domicile de droit? Nous l'avons dit, c'est afin que le mariage soit entouré de la plus grande publicité possible. Et quel est le but des deux publications qui, d'après l'article 166, doivent aussi se faire au domicile de chacune des parties contractantes? Le but est identique, c'est la publicité. Dès lors le moyen d'atteindre le but doit aussi être le même. C'est dire que, dans l'intérêt de la publicité, les publications doivent se faire au domicile de fait, de préférence au domicile de droit, si les deux domiciles diffèrent.

Telle est la règle. L'article 167 vient la compléter; il porte : « Néanmoins, si le *domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence,* les publications seront faites en outre à la municipalité du *dernier domicile.* » Cette disposition a donné lieu aux interprétations les plus diverses. Que faut-il entendre par : *le domicile actuel* qui *n'est établi que par six mois de résidence?* C'est évidemment le *domicile de fait* défini par l'article 74. La loi suppose donc que le mariage va se célébrer à ce *domicile de fait.* La loi suppose encore que les parties ont un *domicile de droit* différent de ce domicile de fait. Eh bien, dans cette supposition, la loi veut que les publications se fassent et au domicile de fait et au domicile de droit. C'est ce domicile de droit que l'article 167 appelle le dernier domicile; les parties l'ont quitté pour prendre un domicile de fait, en ce sens leur domicile de droit est leur dernier domicile. Pourquoi la loi veut-elle cette double publication? Elle la prescrit parce que le domicile de droit est le lieu où les parties ont leur principal établissement; c'est là que régulièrement se trouve le siége de leurs affaires; il y a donc là des personnes intéressées à connaître leur mariage; dès lors il doit y être annoncé par voie de publication. La publication ainsi que la célébration du mariage au domicile de fait ne suffirait point pour le rendre public au domicile de droit. Voilà pourquoi la loi prescrit une double publication.

On demande quand les publications ne doivent plus être faites au dernier domicile. On a prétendu que, dans notre opinion, elles devaient toujours s'y faire. Il n'en est rien. Par les mots : *si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence,* la loi entend le *domicile de fait.* Donc, si les parties contractantes ont conservé leur domicile de droit, tout en acquérant un domicile de fait, elles devront toujours faire leurs publications au domicile de droit, quelque longue que soit leur résidence au lieu qu'elles habitent. Cela est fondé en raison. La loi veut que le mariage soit publié là où les futurs époux ont des relations; or, ils en ont régulièrement au lieu de leur domicile de droit, puisque c'est là que se trouve leur principal établissement. De là la nécessité de doubles publications.

Quand cette nécessité cessera-t-elle? Lorsque le domicile de droit et le domicile de fait se confondent. C'est-à-dire si les futurs époux ont une résidence de six mois dans la même commune où ils ont leur domicile. Dans ce cas, le texte de l'article 167 n'est plus applicable; on ne peut plus dire « que le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence; » parce que, outre l'habitation de fait, les époux y ont aussi leur domicile de droit. Et, en raison, il n'y a plus lieu de faire des publications à l'ancien domicile, parce que les parties n'y ont plus le siége de leurs affaires (1).

421. L'article 168 porte : « Si les parties contractantes, ou l'une d'elles, sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les publications seront encore faites à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent. » Que faut-il entendre par ces mots : *être sous la puissance d'autrui?* Le sens littéral ne laisse aucun doute : les enfants sont sous puissance de leurs ascendants jusqu'à l'âge de vingt et un ou de vingt-cinq ans, puisqu'ils ont besoin de leur *consentement* pour contracter mariage. Après cet âge, la *puissance* des ascendants cesse. Il est vrai que les enfants sont encore tenus de demander le *conseil* de leurs ascendants; mais il n'en résulte pas qu'ils soient sous *puissance*, car ils peuvent se marier malgré le refus de leurs ascendants; cela ne s'appelle certes pas être sous puissance. Aussi l'opinion commune est-elle que les filles âgées de vingt et un ans et les fils âgés de vingt-cinq ans ne doivent plus faire de publications au domicile de leurs ascendants. Marcadé seul est d'un avis contraire (2); mais son opinion n'a pas trouvé faveur. Il est vrai qu'il y aurait utilité et convenance à faire des publications au domicile des ascendants, alors même que les futurs époux sont majeurs quant au mariage. Mais il ne s'agit pas de ce qui est utile ou convenable; il s'agit de savoir si les enfants sont sous puissance de leurs ascendants, alors qu'ils peuvent braver cette prétendue puissance : poser la question, c'est la résoudre. Le texte

(1) Voyez les diverses opinions des auteurs sur cette question dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 343.

(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 425, article 168, n° 2.

est donc décisif; dès lors, toutes les considérations que l'on peut invoquer sont à l'adresse du législateur; l'interprète ne connaît que la loi.

422. Que faut-il entendre par *domicile* dans l'article 168? C'est évidemment le domicile de droit défini par l'article 102; il ne s'agit plus ici du domicile des futurs époux quant à leur mariage; il s'agit du domicile des ascendants. Or, le domicile, dans le langage du code, est le domicile de droit, c'est là qu'en principe doivent se faire tous les actes juridiques qui concernent le Français. La loi y fait exception pour les futurs époux, elle n'y fait pas exception pour les ascendants des époux. On reste donc sous l'empire de la règle générale.

Mais la question est douteuse lorsque les enfants mineurs de vingt et un ans, et n'ayant plus d'ascendants, veulent contracter mariage. Ils sont certainement, quant à leur mariage, sous puissance du conseil de famille; ils devraient donc, aux termes de l'article 168, faire des publications au domicile du conseil (1). Telle est, en effet, l'opinion commune. Mais quel est ce domicile? Les auteurs répondent : là où le conseil s'assemble et où il siége. Ce serait là un domicile spécial, distinct du domicile général défini par l'article 102; or, pour admettre un domicile spécial, ne faudrait-il pas une loi? L'affirmative est évidente. Proudhon a donc raison de dire que le conseil de famille n'a point de domicile. Non-seulement il n'y a pas de texte, mais l'esprit de la loi est en opposition avec l'opinion commune. Les publications se font, en vertu de l'article 168, pour vertir ceux qui sont appelés à consentir au mariage. Ce sont donc les parents collatéraux individuellement qu'il faudrait prévenir; seront-ils prévenus si l'enfant fait des publications au lieu où se réunit le conseil, c'est-à-dire à son propre domicile? Il se peut qu'aucun des membres du conseil n'ait son domicile dans ce lieu : à quoi serviraient donc les publications? Enfin, les publications que l'on devrait faire, d'après les auteurs, au domicile du conseil de famille, se confondront presque toujours avec celles qui

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 294, nº 190.

doivent être faites en vertu des articles 166 et 167. En effet, si le mineur réside là où il a son domicile, dans ce cas, des publications seront faites au domicile du mineur qui est aussi celui où le conseil de famille s'assemble. Que si le mineur a un domicile distinct de sa résidence, des publications doivent encore être faites au domicile, c'est-à-dire au lieu où le conseil de famille se réunit. Il est donc satisfait à l'article 168, en ce qui concerne le conseil de famille, par les publications qui se feront en vertu des articles 166 et 167.

423. Quand le mariage pourra-t-il être célébré? L'article 64 répond qu'il ne pourra l'être avant le troisième jour, depuis et non compris celui de la seconde publication. Comme la seconde publication se fait ou est censée se faire le dimanche, le mariage peut être célébré le mercredi suivant. S'il y a eu dispense de la deuxième publication, le mariage pourra se faire le troisième jour après la première publication. C'est l'opinion commune. Mais il ne pourra pas être célébré plus tôt, quoi qu'en dise Marcadé, qui, sur ce point, a encore imaginé une opinion nouvelle. En cas de nécessité absolue, dit-il, on pourrait célébrer le mariage après un délai de vingt-quatre heures. C'est évidemment faire la loi; car la loi n'est pas muette, comme on le prétend : l'article 64 combiné avec l'article 168 décide la question. De quelque manière qu'on la décide, il est impossible d'admettre un délai de vingt-quatre heures qui est purement imaginaire (1).

D'après l'article 65, si le mariage n'a pas été célébré dans l'année à compter de l'expiration du *délai des publications*, il ne pourra plus être célébré qu'après que de nouvelles publications auront été faites. On comprend la nécessité de publications nouvelles. Régulièrement, le mariage se célèbre dès que le délai des publications est écoulé; s'il n'est pas célébré, si les parties restent une année dans l'inaction, on doit croire que le projet de mariage est abandonné; dès lors, s'il est repris, il faut lui donner une nou-

(1) Voyez les diverses interprétations dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 341.

velle publicité, car les anciennes publications sont oubliées. Que faut-il entendre par le *délai des publications?* Le délai expire le troisième jour qui suit la deuxième publication. Ces trois jours sont compris dans le délai, puisque, avant le troisième jour, le mariage ne peut être célébré. Ce troisième jour étant compris dans le délai des publications, il en résulte que le mariage ne pourrait plus être célébré le mercredi de l'année suivante (1).

§ IV. *Remise des pièces.*

424. Les parties contractantes doivent remettre diverses pièces à l'officier de l'état civil. Ces pièces constatent que les futurs époux remplissent toutes les conditions prescrites pour pouvoir contracter mariage. Nous allons les énumérer :

1. L'acte de naissance de chacun des futurs époux (art. 70). Cet acte constate leur âge et leur filiation, deux faits que l'officier public est intéressé à connaître, puisqu'il en peut résulter un empêchement dirimant ou prohibitif. La loi prévoit le cas où les parties seraient dans l'impossibilité de se procurer leur acte de naissance; elle permet d'y suppléer par un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de naissance ou du domicile. L'article 71 détermine les déclarations que doit contenir l'acte de notoriété, et l'article 72 veut qu'il soit homologué par le tribunal; le tribunal peut refuser l'homologation, s'il trouve les témoignages insuffisants.

2. L'acte constatant le consentement des ascendants ou du conseil de famille. Nous avons déjà dit qu'il doit être authentique (art. 73), et il va sans dire qu'un acte n'est nécessaire que si les parents appelés à consentir n'assistent pas au mariage.

3. Le procès-verbal des actes respectueux qui ont dû être faits dans le cas où les ascendants refusent leur con-

(1) Il y a diverses opinions sur ce point. Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Mariage*, n° 342.

sentement au futur époux majeur quant au mariage (art. 157).

Si les parents qui doivent consentir ou donner leur conseil sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les futurs époux doivent produire les actes qui constatent le décès, l'absence ou l'aliénation mentale. Nous avons déjà mentionné l'avis du conseil d'Etat du 24 messidor an XIII, qui a pour objet de faciliter cette preuve. Il y en a un autre, en date du 19 mars 1808, qui permet de corriger de légères irrégularités des actes de l'état civil, sans recourir à une procédure en rectification (1).

4. Une expédition authentique des dispenses d'âge, de parenté ou d'alliance qui auraient été accordées.

5. L'acte constatant le décès du premier conjoint ou le divorce, si le futur époux a été engagé dans les liens d'un mariage antérieur.

6. Les certificats exigés pour les militaires et les certificats constatant que le futur époux a satisfait à la loi sur la milice.

7. L'acte ou le jugement portant mainlevée de l'opposition, s'il en a été formé.

8. Le certificat constatant que les publications ont été faites conformément à la loi, et s'il y a une dispense, l'acte qui l'accorde.

§ V. *Célébration du mariage.*

425. Le mariage se célèbre, au jour désigné par les parties, dans la maison commune (art. 75). Dans le projet soumis au conseil d'Etat, il y avait un article ainsi conçu : « En cas d'empêchement, le sous-préfet pourra autoriser l'officier de l'état civil à se transporter au domicile des parties pour recevoir leurs déclarations et célébrer le mariage. » Cette disposition fut retranchée. Qu'en faut-il conclure? Que régulièrement le mariage doit se célébrer à l'hôtel de ville, cela est évident, puisque la loi le dit. Il est encore certain que l'officier public ne peut pas être forcé à

(1) Voyez ces avis dans Dalloz, au mot *Mariage*, nos 356, 357.

célébrer le mariage au domicile des parties. Mais a-t-il le droit de le faire? Il y a un cas où l'affirmative est évidente, c'est pour le mariage *in extremis*. Il peut y avoir d'autres empêchements, une maladie qui n'est pas mortelle. Dans les campagnes, parfois, il n'y a pas de maison commune, c'est un cabaret qui tient lieu d'hôtel de ville. Quand il y a un motif légitime, quel qu'il soit, le mariage peut être célébré au domicile des parties. C'est l'opinion générale(1); elle se fonde sur les principes qui régissent la nullité du mariage. Nous y reviendrons.

426. « Le mariage sera célébré publiquement, » dit l'article 165, c'est-à-dire les portes ouvertes, de manière que le public y puisse assister. C'est encore pour donner de la publicité au mariage que la loi exige la présence de quatre témoins (art. 75), lesquels doivent réunir les conditions prescrites au titre des Actes de l'état civil (art. 37).

L'officier civil donne lecture aux parties, en présence des témoins, des pièces qu'elles ont dû lui remettre : elles constatent leur état et l'accomplissement des formalités prescrites par la loi. Il importe que les parties aient la preuve que rien ne s'oppose à la validité de leur mariage. Il faut aussi qu'elles connaissent les obligations qu'elles vont contracter; voilà pourquoi la loi veut que l'officier public fasse lecture aux futurs époux du chapitre VI du titre du Mariage sur *les droits et les devoirs respectifs des époux*.

Toutes ces solennités ont pour but d'appeler l'attention sérieuse des futurs époux sur les engagements qu'ils vont contracter, de les éclairer tout ensemble et d'assurer leur liberté. C'est la raison pour laquelle tout doit se faire au grand jour de la publicité, en présence d'un officier public, organe de la société, en présence de témoins, en présence des concitoyens des parties contractantes. Il y a un point essentiel, c'est la liberté entière des futurs époux, car c'est leur consentement qui fait le mariage. Le premier consul a insisté sur ce point lors de la discussion au conseil d'Etat. « S'il ne fallait que constater le mariage, dit-il,

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 313, n° 206.

il suffirait d'employer le ministère d'un notaire, mais un contrat qui crée une nouvelle famille doit être formé avec solennité : la fille dont on aurait forcé les inclinations pourra réclamer en face du public, protégée par la présence de l'officier de l'état civil et par celle des témoins (1).

Enfin, l'officier public reçoit de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme; puis il prononce, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage (art. 75). « Cela est bien sec, dit le premier consul : voyez les prêtres! » Il y a une profonde vérité dans ces paroles. Le mariage ne se contracte pas uniquement en présence de la société humaine, il se contracte, avant tout, en présence de Dieu. C'est devant Dieu que les futurs époux se sont unis, avant de se présenter devant l'officier de l'état civil. Voilà pourquoi il faut que des cérémonies religieuses accompagnent le mariage, et, nous n'hésitons pas à le dire, ces solennités ont plus de valeur à nos yeux que le sec cérémonial de la loi. Non que nous voulions donner au prêtre une autorité que la raison lui refuse. Nous ne disons pas que le mariage se fait par le prêtre, il se fait par Dieu; c'est Dieu qui unit les âmes, et c'est le lien des âmes qui fait l'essence du mariage.

427. On demande si les futurs époux doivent comparaître en personne devant l'officier de l'état civil, ou s'ils peuvent se faire représenter par un fondé de procuration. Merlin dit que tout homme peut, en thèse générale, faire par un fondé de pouvoir ce qu'il peut faire par lui-même, à moins que la loi ne le lui interdise. Notre question se réduit donc à savoir si la loi fait une exception pour le mariage. Or, dans l'ancien droit, le mariage par procureur était permis, et il n'y a pas, dans le code, de texte qui le défende. Dès lors le mariage reste dans la règle générale (2). Est-il bien vrai qu'il n'y a point de texte? D'abord l'article 36 suppose qu'il y a *des cas* où les parties intéressées sont obligées de comparaître en personne; l'arti-

(1) Séance du conseil d'Etat du 14 fructidor an IX, n° 24 (Locré, t. II, p. 47).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section IV, § 1, article 1er, question 4e.



cle 294 établit une de ces exceptions, et l'article 75 en consacre une seconde pour le mariage. Il est vrai que l'article 75 ne dit pas en termes formels que le mariage ne peut pas se faire par procureur; mais il n'y a pas une seule formalité prescrite par la loi qui n'implique la présence des futurs époux. Nous n'insisterons que sur un point, mais il est essentiel. Le premier consul a dit que les solennités du mariage avaient pour but de garantir la liberté des parties contractantes; et comment cette liberté serait-elle assurée si l'époux violenté pouvait se faire représenter par un fondé de pouvoir? Cela est décisif (1). Il y a une autre considération qui nous paraît également décisive. Les mineurs, en général, n'interviennent pas dans les actes qui les concernent; c'est le tuteur qui les représente dans tous les actes civils, dit l'article 450. Cependant quand le mineur se marie, il n'est pas représenté par son tuteur; la loi ne veut pas même que le tuteur parle au nom de son pupille, quand il s'agit des conventions matrimoniales concernant les biens : c'est le mineur qui les consent, et il n'est pas assisté de son tuteur, il est assisté des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage (art. 1398). Ainsi voilà des incapables qui ont un mandataire légal, pour *tous les actes de la vie civile;* et cependant la loi ne permet pas à ce mandataire général d'agir au nom du mineur, quand celui-ci se marie, pas même quand le mineur fait un contrat par-devant notaire. Cela ne prouve-t-il pas à l'évidence que, dans l'esprit de la loi, le mariage doit se contracter en personne? Si elle admettait le mariage par procureur, elle aurait dû l'admettre pour les mineurs, qui agissent toujours par procureur. Si elle ne veut pas que le mineur soit représenté par son tuteur, conçoit-on qu'elle lui permette de se faire représenter par un fondé de pouvoir? Et si elle ne le permet pas aux mineurs, le permettra-t-elle aux majeurs?

428. L'article 75 dit que l'officier de l'état civil dressera acte sur-le-champ de la célébration du mariage. Cet

(1) C'est l'opinion commune (voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Mariage*, n° 372); elle a été consacrée par un arrêt de la cour de Bastia du 2 avril 1849 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1849, 2, 80).

acte est-il requis pour l'existence ou pour la validité du mariage? Dans l'ancien droit, on admettait, sans doute aucun, que le mariage se parfait par le consentement des parties, pourvu qu'il soit donné en présence de l'officier qui a mission de le recevoir. De là suit, dit Pothier, que le mariage existe avant que l'acte ait été rédigé; l'acte n'est requis que pour la preuve (1). Ces principes sont aussi ceux de notre droit moderne. Ni le texte ni l'esprit de la loi ne font de l'acte de célébration une condition requise, soit pour l'existence, soit pour la validité du mariage. Le défaut d'acte n'entraînerait pas la nullité du mariage; cela résulte des principes que le code établit sur la nullité du mariage, et que nous allons exposer. Quant à l'influence que l'acte de célébration peut exercer sur l'existence du mariage, le code ne dit rien : nous avons traité la question plus haut (n° 279).

429. L'article 76 énumère les énonciations que doit contenir l'acte de mariage. Nous renvoyons au texte. L'acte est-il nul pour inobservation des formalités prescrites par l'article 76? Cette question se décide par les principes qui régissent les actes de l'état civil. Nous les avons exposés au commencement de ce volume (nos 21-27). La règle est qu'il n'y a pas de nullité. Un arrêt de la cour de Montpellier a décidé que l'acte de mariage n'est pas nul, lorsqu'il n'est pas signé par l'une des parties comparantes. Les considérants impliquent que la décision de la cour eût été différente si l'officier public n'avait pas signé (2). En effet, sans signature de l'officier qui a mission d'imprimer l'authenticité à l'acte, il n'y a pas d'acte. Un arrêt de la cour de Liége a décidé qu'il n'y avait pas nullité quand l'acte ne désignait pas la commune où le mariage a été célébré (3). Cela est de toute évidence; l'article 76 ne prescrit pas cette énonciation; et comment un acte serait-il nul pour défaut d'une énonciation que la loi n'exige point?

La loi hypothécaire belge a ajouté une énonciation à

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 378.
(2) Arrêt du 4 février 1840 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 568, 5°).
(3) Arrêt du 4 février 1819 (*Pasicrisie*, 1819, 283).



celles que l'acte doit contenir, en vertu de l'article 76. Elle veut que l'acte énonce « la date des conventions matrimoniales des époux et l'indication du notaire qui les aura reçues. » Nous reviendrons sur cette disposition quand nous expliquerons la loi hypothécaire.

CHAPITRE IV.

NULLITÉ DU MARIAGE.

SECTION I. — Principes généraux.

§ Ier. *Des mariages nuls.*

N° 1. QUAND LE MARIAGE EST-IL NUL? ET QUI PEUT DEMANDER LA NULLITÉ.

430. La cour de cassation a posé, dans plusieurs arrêts, deux principes fondamentaux en matière de nullité de mariage : « La nullité ne peut être prononcée que sur un texte formel, et seulement à la requête de ceux que la loi autorise spécialement à invoquer le texte (1). » Le premier principe est spécial au mariage. Dans les autres matières, on admet qu'il y a nullité alors même que la loi ne la prononce pas formellement, en se fondant sur la volonté tacite du législateur. Pourquoi n'y a-t-il pas de nullité dite *virtuelle*, en fait de mariage? La cour de cassation répond que le code consacre un chapitre spécial aux demandes en nullité de mariage; tous les cas de nullité y sont prévus; d'où résulte que la loi est essentiellement restrictive et limitative : pas de nullité sans texte qui l'établisse en termes formels. Il ne suffit donc pas qu'une loi soit prohibitive pour que son inobservation entraîne la

(1) Arrêt du 12 novembre 1844 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 1, 100). Arrêt du 12 novembre 1839 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 514).

nullité. Cette règle est admise dans les matières où le législateur n'a pas lui-même manifesté sa volonté ; on ne peut l'admettre pour le mariage, puisque les auteurs du code ont pris soin de déterminer les cas où l'inobservation de la loi entraîne la nullité. Il en faut conclure que lorsque la loi ne prononce pas la nullité, c'est qu'elle ne l'a pas voulu, et par suite le juge ne le peut pas. Cela est aussi fondé en raison. Sans doute, la majesté des lois semble exiger qu'elles soient observées à la rigueur, et qu'on déclare nuls les actes contraires à leurs dispositions. Mais le législateur doit aussi considérer le mal qui résulte de l'annulation. Or, en fait de mariage, ce mal est si grave, il résulte de l'annulation d'un mariage un si grand trouble dans les familles, un si grand scandale pour la société, que mieux vaut parfois maintenir le mariage, malgré la violation de la loi, que de l'annuler. Mais on conçoit qu'à raison même de l'importance du mariage, le législateur ne pouvait abandonner au juge le soin de décider dans quels cas il doit y avoir nullité. Voilà pourquoi les auteurs du code ont fait un chapitre spécial sur les demandes en nullité de mariage.

431. Le premier principe posé par la cour de cassation est donc fondé sur le texte et sur l'esprit de la loi. Cependant il a été attaqué. Demante admet avec la cour suprême que l'on ne peut reconnaître l'existence d'une nullité, si cette nullité n'est appuyée sur les termes de la loi. Mais il n'est pas nécessaire, selon lui, que la nullité soit formellement prononcée ; la formule prohibitive suffit, puisqu'elle est irritante de sa nature ; toutefois, ajoute-t-il, on ne doit lui reconnaître cet effet qu'autant qu'il n'apparaît pas de l'intention contraire du législateur (1). Qui ne voit que cette doctrine, tout en ayant l'air d'accepter le principe de la cour de cassation, le détruit? En effet, c'est le juge qui décidera si les termes prohibitifs sont irritants ou s'ils ne le sont pas ; c'est donc le juge qui, en définitive, déterminera quand il y a nullité. A quoi bon alors le chapitre IV de notre titre sur les demandes en nullité de mariage? « Le

(1) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 354, n° 260.

législateur, dit Merlin, n'aurait donc pas rempli dans ce chapitre l'objet qu'il s'était proposé; il se serait formé un plan, il l'aurait annoncé, et cependant il l'aurait laissé incomplet; or, une pareille supposition se combat elle-même par sa propre invraisemblance (1). »

432. M. Demolombe dit aussi que le code a voulu tout régler, tout prévoir; il en conclut que ses dispositions doivent être considérées comme restrictives. Si, dit-il, on admettait une cause de nullité non prévue par la loi, on rencontrerait, dans l'application, des difficultés inextricables. Cette nullité sera-t-elle relative ou absolue? Qui pourra la proposer, et pendant combien de temps? Tous ces points dépendront donc de l'arbitraire du juge, alors que la loi n'a rien voulu laisser à son arbitraire? Cependant M. Demolombe rejette le principe de la cour de cassation, comme doctrine absolue (2). Etrange contradiction! Le principe même n'implique-t-il pas qu'il doit être général, sans exception? Dès que l'on admet des exceptions, le principe devient inutile; c'est dire qu'il n'y a plus de principe. On objecte que si l'on admet toutes les conséquences du principe, on arrive à des résultats que le législateur lui-même n'a certes pas voulus. Examinons!

M. Demolombe demande où serait le moyen, avec le principe de la cour de cassation, d'annuler le prétendu mariage de deux personnes du même sexe. Ne faudrait-il pas dire que la loi n'ayant pas organisé, pour ce cas, de demande en nullité, personne n'a le droit de la former? Oui, certes, ce mariage ne pourrait pas être annulé, par l'excellente raison qu'il n'a aucune existence aux yeux de la loi, et on ne demande pas la nullité du néant. En d'autres termes, on applique à cette hypothèse les principes qui régissent le mariage inexistant, et non les principes sur le mariage nul. Or, le chapitre IV ne parle que des mariages nuls; dès lors on ne peut pas l'invoquer quand il s'agit des mariages non existants. Le code n'a pas de textes

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI, § II, article 184, 6e question.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 524, n° 335, et p. 376, n° 238.

sur cette matière; dès lors elle reste abandonnée à la doctrine, et les difficultés qu'elle présente se décident par les principes généraux de droit.

M. Demolombe fait la même objection pour le mariage contracté en état de démence. La cour de cassation, dit-il, a été conduite à ce résultat vraiment inadmissible, que ce mariage ne pourra être attaqué par personne. Ici encore, il y a une confusion entre le mariage *nul* et le mariage *inexistant*. Non, le mariage ne peut pas être attaqué par voie d'action en nullité, quand il a été contracté en état de démence, parce que ce mariage n'existe pas. Est-ce à dire que les parties intéressées ne puissent pas se prévaloir de sa non-existence? Elles le peuvent certainement, comme nous le démontrerons plus loin (n[os] 440 et suiv.).

433. Nous maintenons donc le premier principe posé par la cour de cassation. Le deuxième est par cela même démontré. Il s'agit de savoir qui peut intenter l'action en nullité de mariage. D'après le droit commun, tous ceux qui ont un intérêt appréciable peuvent agir en justice. Il suffit de lire le chapitre IV de notre titre, pour se convaincre que le législateur n'admet pas ce principe pour les demandes en nullité de mariage. En effet, il prend soin, pour chaque cause de nullité, de déterminer les personnes qui ont le droit de la faire valoir. Il en faut conclure, avec la cour de cassation, que ces dispositions sont restrictives et limitatives. Si elles ne l'étaient pas, elles n'auraient pas de raison d'être. Il y a, au contraire, une excellente raison pour que la loi soit de stricte interprétation; comme le dit la cour suprême, « le mariage tient trop essentiellement à l'ordre social pour avoir été imprudemment livré à toutes les attaques des mauvaises passions. » Le législateur a donc dû régler par qui et sous quelles conditions l'action en nullité peut être intentée.

434. Quel est le principe en vertu duquel le code accorde ou refuse l'action en nullité? Il y a des causes de nullité qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs : telles sont le défaut d'âge, la bigamie, l'inceste, la clandestinité. Elles sont établies pour des raisons d'intérêt général ou d'honnêteté publique. Il y en a d'autres qui

sont relatives à l'intérêt privé des époux : c'est le vice du consentement qu'ils ont donné au mariage, ou l'absence de consentement des ascendants ou de la famille. La doctrine distingue, par suite, les nullités absolues et les nullités relatives. Bien que le code ne reproduise pas les termes de cette distinction, il consacre néanmoins les conséquences qui en résultent. Les nullités absolues étant établies dans l'intérêt social, l'action doit être ouverte à toutes les parties intéressées : ce qui prouve que la société est en cause dans ces débats, c'est que la loi permet au ministère public d'intenter l'action en nullité, quoique, en principe, il n'ait pas le droit d'agir d'office en matière civile. La loi, dit Portalis, ouvre l'action au ministère public, parce qu'il est le gardien des mœurs et le vengeur de tous les désordres qui attaquent la société (1). Il est si vrai que l'intérêt de la société domine en cette matière, que la loi donne même l'action en nullité aux époux coupables, à l'impubère, au bigame, à l'incestueux. C'est qu'elle tient à ce que le mariage soit annulé, parce que l'ordre public est blessé par un mariage honteux ou criminel. Il en est tout autrement des nullités relatives. A la vérité, le mariage intéresse toujours la société, puisqu'il en est le fondement; mais quand on demande qui peut attaquer un mariage nul pour vice de consentement, la société n'a pas un intérêt direct au débat, ce sont les époux, les principaux, disons mieux, les seuls intéressés; à eux seuls donc appartient l'action en nullité. S'ils gardent le silence, personne n'a le droit de se plaindre.

Le caractère absolu ou relatif des nullités a encore une autre conséquence. Il est de principe que les parties ne peuvent déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. De là suit que les particuliers ne peuvent renoncer à des droits que la loi leur accorde en vue de l'intérêt général. Lors donc que le mariage est nul, d'une nullité absolue, bien que les parties intéressées puissent intenter l'action, elles ne peuvent pas y renoncer; par suite, elles ne peuvent pas confirmer le mariage. Le vice qui

(1) Portalis, Exposé des motifs, nº 45 (Locré, t. II, p. 392).

l'infecte étant d'ordre public, ne peut pas s'effacer; c'est dire que la confirmation est impossible. Conçoit-on qu'un mariage incestueux devienne valable par une confirmation quelconque? Confirme-t-on la honte et l'infamie? Il en est autrement des nullités relatives. Chacun peut renoncer aux droits qui ne sont établis qu'en sa faveur; donc l'époux dont le consentement était vicié peut effacer ce vice et confirmer le mariage.

Enfin la nature de la nullité détermine aussi la prescription. Quand la nullité est absolue, l'action est imprescriptible. Encore une exception aux principes généraux de droit. Sur quoi la fonde-t-on? Il n'y a pas de texte, et peut-il y avoir une exception sans texte? L'exception n'a pas besoin d'être écrite dans la loi, car la règle ne reçoit pas d'application au mariage infecté d'une nullité absolue. Pourquoi la loi déclare-t-elle les actions prescrites après trente ans? Pour mettre un terme aux procès. Or, quand un mariage est nul d'une nullité absolue, la loi ne veut pas qu'il y ait un terme à l'action; après trente ans, comme après un an, le mariage vicié par l'inceste ou la bigamie blesse l'ordre public; le scandale étant permanent, l'action pour y mettre fin ne peut pas s'éteindre. L'intérêt général, qui exige que les actions se prescrivent, demande, au contraire, que la demande en nullité ne se prescrive pas (1). Il n'en est pas de même des nullités relatives; elles ne sont fondées que sur un intérêt privé; dès lors nous rentrons dans le droit commun, qui demande que les procès aient une fin; il y a donc lieu à prescription. Mais si l'action est prescriptible, l'exception n'est-elle pas perpétuelle? On l'admet généralement. Ce n'est pas ici le siége de la matière. Nous ajournons la question au titre des Obligations.

N° 2. EFFET DES NULLITÉS.

435. Quand un mariage est nul, cela veut-il dire qu'il est nul de plein droit en vertu de la loi? Nous avons déjà

(1) C'est l'opinion générale (Zachariæ, t. III, § 459, p. 242).

cité le vieil adage en vertu duquel « nullités de plein droit n'ont lieu. » L'intitulé du chapitre IV prouve que ce principe reçoit son application au mariage; il porte : *Des demandes en nullité de mariage*. Il faut donc que la nullité soit demandée en justice, c'est le tribunal qui la prononce. La nullité de plein droit ne se conçoit pas, en matière de mariage moins encore qu'en toute autre matière. Ne faut-il pas qu'il soit constaté qu'il y a une cause de nullité, en droit, et si cette cause existe en fait? Or, en droit comme en fait, la question peut être controversée; dès lors il faut que le débat soit porté devant le juge.

436. Du principe que le mariage n'est jamais nul de plein droit, suit que la nullité n'existe que si elle est prononcée par le juge. S'il n'y a pas de jugement, le mariage est valable et il produit tous ses effets, alors même que la cause de nullité serait absolue. De là une conséquence très-importante. Bien que la nullité soit demandée, le mariage ne laisse pas de produire ses effets jusqu'à ce que le tribunal l'ait annulé. Cela est vrai non-seulement quant aux époux et aux enfants, en ce qui concerne les droits et obligations résultant du mariage; le principe est absolu et reçoit son application dans tous les cas où le mariage est en cause.

Le mari intente l'action en nullité contre la femme séparée de fait d'avec lui. Où doit-il la former? devant le juge de la résidence actuelle de la femme, ou devant le juge de son domicile à lui? Il est évident qu'elle doit être portée devant le juge du domicile du mari. Car le mariage existe et il produit ses effets, et l'un de ces effets est d'attribuer à la femme mariée le domicile du mari. Vainement dirait-on que le mari soutenant que le mariage est nul, il ne peut pas invoquer ce mariage contre la femme. Le mariage est seulement annulable, et en attendant que le tribunal en ait prononcé l'annulation, il produit tous ses effets (1).

Pour la même raison, il faut décider que la femme qui veut demander la nullité de son mariage doit être autori-

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Mariage*, § 6.

sée par son mari ou, à son refus, par la justice. En vain dirait-on qu'elle se contredirait elle-même si elle procédait comme femme mariée, alors qu'elle agit pour faire juger qu'elle ne l'est pas; on répondrait que, malgré la demande en nullité, le mariage subsiste et produit tous ses effets. La femme demanderesse est femme mariée aussi longtemps que son mariage n'est pas annulé. Donc elle a besoin de l'autorisation de son mari ou de justice pour intenter une action (1).

Si la femme est mineure, comment agira-t-elle? Il a été jugé qu'elle devait être autorisée par le conseil de famille et assistée d'un curateur *ad hoc* nommé par le même conseil (2). La décision est très-juridique. En effet, le mineur est émancipé de plein droit par le mariage. La femme, au moment où elle intente l'action en nullité, est donc émancipée; par suite, elle ne peut agir en justice qu'avec l'autorisation du conseil de famille et avec l'assistance de son curateur (art. 482). Qui est ce curateur? En principe, c'est le mari; mais il est impossible que le mari assiste sa femme, alors qu'elle plaide contre lui en nullité du mariage. Partant il faut que le conseil de famille nomme un curateur spécial à la femme.

437. Il est de principe que les actes annulés par le juge sont censés n'avoir jamais existé. Ce principe reçoit son application au mariage. L'annulation a un effet rétroactif, de sorte qu'elle anéantit tous les effets juridiques que le mariage produit comme tel. Il y a cependant une exception remarquable à ce principe, pour le cas où les époux ou l'un d'eux étaient de bonne foi; le mariage, quoique annulé, produit alors des effets considérables, à titre de mariage putatif.

438. En faisant abstraction du mariage putatif, le mariage annulé ne produit en principe aucun effet. On a soutenu qu'il en résultait une affinité naturelle, et par suite un empêchement au mariage. Nous avons examiné la question plus haut (n° 353). On demande si au moins l'état des

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI, § 2, article 180, 4e question. Arrêt de cassation du 21 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 1, 97).
(2) Arrêt de Turin du 14 juillet 1807 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 457).

enfants nés du mariage ne sera pas légalement constaté, en ce sens que s'ils sont des enfants naturels simples, ils soient considérés comme enfants naturels reconnus, et s'ils sont adultérins ou incestueux, que leur filiation soit prouvée, et qu'ils puissent, en conséquence, réclamer des aliments. L'affirmative est généralement admise (1). Au premier abord, cette opinion paraît heurter le principe que nous venons de poser et qui est admis par tout le monde. Le mariage étant annulé ne peut produire aucun effet ; or, c'est un effet du mariage que de permettre aux enfants qui en sont issus d'établir leur filiation par leur acte de naissance ; donc si le mariage est annulé, les enfants ne peuvent plus invoquer l'article 319 ; ils sont des enfants naturels, et ils ne peuvent prouver leur filiation que par un acte de reconnaissance. Nous croyons que ce raisonnement porte à faux ; il fait une fausse application du principe. Sans doute le mariage annulé ne produit aucun effet. Mais l'annulation anéantit-elle des faits authentiquement constatés? Non, certes, il n'y a pas de puissance humaine qui puisse détruire un fait consommé, ni la preuve de ce fait, quand elle résulte d'un acte authentique. Or, il y a un premier fait, le mariage ; il est authentiquement constaté qu'un mariage a été célébré ; le jugement qui en prononce la nullité détruit-il le fait du mariage et la preuve qui en est acquise? Loin de là, il suppose au contraire le mariage existant et prouvé ; sans cela, il ne pourrait pas s'agir de l'annuler. Un enfant est né de ce mariage plus de six mois après sa célébration ; acte a été dressé de sa naissance : voilà un second fait. Est-ce que le jugement qui prononce la nullité du mariage détruit ce second fait ainsi que la preuve? Non, certes ; tout ce qui en résulte, c'est que l'enfant sera illégitime. Pourquoi illégitime? Parce qu'il est né d'un mariage annulé. Donc, il est prouvé qu'il est né de ce mariage, sa filiation est donc établie par trois actes authentiques, l'acte de mariage, l'acte de naissance et l'acte ou le jugement d'annulation.

Nous trouvons l'application de ces principes dans un

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 530, n° 345.

texte formel du code. L'article 762 accorde des aliments aux enfants adultérins et incestueux, et l'article 335 prohibe la reconnaissance de ces enfants. Comment, ne pouvant être reconnus, peuvent-ils réclamer des aliments? Il faut supposer que leur état est constaté authentiquement sans qu'il y ait reconnaissance. C'est précisément ce qui arrive quand un mariage est annulé pour cause d'adultère ou d'inceste. L'acte de mariage, l'acte de naissance et le jugement qui annule le mariage fournissent la preuve authentique que les enfants qui en sont issus sont nés d'un commerce adultérin ou incestueux. Ce que les articles 762 et 335 décident implicitement des enfants adultérins et incestueux, est vrai aussi des enfants naturels simples. Leur filiation est donc constatée indépendamment d'un acte de reconnaissance, et par suite ils peuvent exercer tous les droits que la loi accorde aux enfants naturels reconnus.

439. Les époux qui ont des motifs sérieux de craindre que leur mariage ne soit exposé à une action en nullité, peuvent-ils célébrer de nouveau leur union? Il y a une raison de douter. Leur premier mariage est, à la vérité, nul, nous le supposons. Mais un mariage nul ne laisse pas de produire tous ses effets jusqu'à ce qu'il soit annulé. Le mariage subsistant, comment pourront-ils célébrer une union nouvelle? Cette raison a entraîné la cour d'Angers; elle a décidé qu'il ne peut être procédé à une seconde célébration qu'autant que la première serait déclarée nulle (1). Il y a un arrêt contraire de la cour de Gand (2). Nous croyons que cette dernière décision doit être suivie de préférence. Il n'y a pas de texte. Il faut donc, dit la cour de Gand, consulter l'ancien droit et les principes. Or, Pothier enseigne que la nullité du mariage célébré par un prêtre incompétent peut se couvrir par une réhabilitation du mariage des parties, c'est-à-dire par une nouvelle célébration (3). Et que disent les principes? Quand une conven-

(1) Arrêt du 21 août 1840 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Emigré*, n° 167).
(2) Arrêt du 27 mai 1853 (Dalloz, 1853, 2, 220). Demolombe (t. III, p. 464, n° 286) partage cette opinion.
(3) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 362.

tion est nulle, elle peut être remplacée par une convention nouvelle, sans que les parties soient tenues de faire annuler la première. L'article 1339 le décide ainsi pour la donation : nulle en la forme, dit la loi, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale; donc le donateur peut la refaire sans demander la nullité de la première. S'il en est ainsi de la donation, pourquoi n'appliquerait-on pas le même principe au mariage?

Il y a cependant une objection. Pothier dit que la seconde célébration est une confirmation de la première. Cela suppose que la nullité peut être effacée par un acte confirmatif. S'il en est ainsi, à quoi bon recourir à une nouvelle célébration du mariage? N'est-il pas plus simple et plus juridique de le confirmer? Ce motif avait entraîné le tribunal de Gand, il avait jugé qu'il était inutile de procéder à une seconde célébration du mariage, la confirmation ordinaire suffisant. Toutefois, même en ce cas, nous ne voyons pas d'obstacle légal à ce que l'officier de l'état civil procède à une célébration nouvelle; ce sera la plus énergique des confirmations. Que si le mariage ne peut pas être confirmé, soit qu'il y ait une nullité absolue, soit qu'il manque une condition pour l'existence du mariage, alors la célébration nouvelle devient une nécessité. Bien entendu que ce nouveau mariage ne sera pas considéré comme une confirmation du premier; les tiers intéressés à se prévaloir de la nullité du premier le pourront, puisque le vice qui l'infecte ne peut être réparé par aucun acte confirmatif. C'est le cas de la donation nulle en la forme, prévue par l'article 1339 : le donateur, dit la loi, ne peut la confirmer; il doit la refaire en la forme légale, et elle n'aura d'effet qu'à partir du nouvel acte. Il en serait de même du mariage; la nullité ou la non-existence du premier mariage pourrait être invoquée par les tiers, malgré la célébration nouvelle.

§ II. *Des mariages inexistants.*

N° 1. LE MARIAGE INEXISTANT DONNE-T-IL LIEU A UNE ACTION EN NULLITÉ?

440. Le code ne répond pas à la question. Il est certain que les dispositions du chapitre IV ne peuvent pas être appliquées au mariage inexistant; l'intitulé même le prouve; il porte : « Des demandes en nullité de mariage. » Il suppose donc des mariages existants, mais infectés d'un vice qui les rend annulables et qui engendre une action en nullité. Y a-t-il aussi lieu à une *demande en nullité*, quand il manque au mariage une des conditions requises pour qu'il existe? La négative est évidente. Une pareille action serait un non-sens; conçoit-on que l'on demande la nullité du néant? Il est donc logiquement impossible de demander la nullité d'un mariage inexistant (1).

Cela veut-il dire que le mariage inexistant soit nul de plein droit? Nous venons de rappeler le vieil adage d'après lequel il n'y a pas de nullité de plein droit. Lors de la discussion du chapitre des nullités au conseil d'Etat, ce principe a été invoqué à plusieurs reprises, en matière de mariage. Dans la séance du 5 vendémiaire an x, le premier consul fit la remarque que le projet n'expliquait pas en quels cas le mariage était nul de plein droit. Peut-être entendait-il par là le mariage que nous appelons *inexistant* pour le distinguer du mariage annulable. Tronchet répondit : « Jamais le mariage n'est nul de plein droit; il y a toujours un titre et une apparence qu'il faut détruire (2). » Le projet semblait toutefois admettre un cas dans lequel il n'y a pas même une apparence de mariage. C'est celui que prévoit l'article 146 : « *Il n'y a point de mariage* lorsqu'il n'y a point de consentement. » Dire qu'*il n'y a point de mariage*, n'est-ce pas dire énergiquement qu'il n'y a rien? Tronchet critiqua cette rédaction : « Dès qu'il existe un acte matériel, dit-il, il y

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 210, note 2, § 450.
(2) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 336, n° 7.

a mariage, qui peut cependant être nul s'il n'est pas intervenu de consentement, et ce mariage subsiste jusqu'au jugement qui en prononce la nullité. C'est ce qu'il importe de faire sentir, afin que les parties ne se croient pas autorisées à se dégager de plein droit et sans l'intervention des tribunaux. » On voit que Tronchet applique au mariage de l'article 146 les principes qui régissent le mariage nul. Pour mieux dire, il n'admet pas la distinction que faisait le premier consul et que la doctrine admet aujourd'hui entre les actes *nuls* et les actes inexistants. Et, il faut l'avouer, telle était l'opinion de tous les légistes du conseil d'Etat. Réal répondit à Tronchet que l'article 146 suppose nécessairement le recours aux tribunaux, ce qui, dans sa pensée, implique une action en nullité (1).

Que faut-il conclure de cette discussion? Dirons-nous, avec Tronchet et Réal, qu'alors même qu'il n'y a point de mariage, parce qu'il n'y a point de consentement, les parties doivent néanmoins intenter une action en nullité, et que le mariage subsistera jusqu'à ce qu'il ait été annulé? Ce serait confondre le mariage *nul* et le mariage *inexistant*. Si l'on admet la distinction, il faut aussi en admettre les conséquences. Qu'est-ce qu'un mariage *inexistant?* Le mot même le dit. Ce mariage n'existe pas aux yeux de la loi, et comme tout acte inexistant, il ne peut avoir aucun effet: ce sont les termes de l'article 1131. Un mariage qui n'existe pas ne peut pas subsister jusqu'à ce que le tribunal l'ait annulé, car s'il subsistait, il produirait des effets, tandis qu'il n'en produit aucun. Il y a cependant quelque chose de vrai dans les paroles de Tronchet. On suppose que le mariage inexistant a été célébré par un officier de l'état civil. Il y a donc un titre apparent. Ce titre peut-il disparaître sans action judiciaire? Tronchet et Réal disent que non, et ils ont raison. Celui qui a été partie à la célébration d'un mariage que nous supposons inexistant, veut contracter un nouveau mariage. L'officier de l'état civil lui oppose le premier acte. Suffira-t-il, pour le repousser, de dire que cet acte n'existe pas, parce qu'il

(1) Séance du 24 frimaire an x, n°s 8 et 9 (Locré, t. II, p. 361).

constate un fait juridique inexistant? Non, certes. L'officier public répondrait que cet acte a du moins une existence apparente, puisqu'il est inscrit sur le registre de l'état civil, et qu'en présence d'un mariage légalement constaté, il ne peut pas procéder à la célébration d'un nouveau mariage. Foi est due à l'acte, dit Tronchet; et cela est évident.

Que doit donc faire celui qui veut contracter un nouveau mariage? Dès qu'il y a contestation, il faut que le juge soit appelé à la vider. Mais quelle sera l'action? comment sera-t-elle formulée? Le demandeur conclura-t-il à l'annulation du mariage inexistant? Logiquement cela est impossible, et nous verrons à l'instant que cela serait aussi impossible au point de vue de nos textes. Le demandeur conclura à ce que le tribunal déclare qu'il n'y a jamais eu de mariage. Si l'acte rédigé par l'officier civil constatait que toutes les conditions requises pour l'existence du mariage ont été accomplies, il faudrait s'inscrire en faux. Je prétends que je n'ai pas consenti au mariage dont on représente l'acte, bien que l'acte porte que j'ai donné mon consentement. En ce cas, je devrai m'inscrire en faux. Si l'inscription est admise, le tribunal décidera, non que le mariage est nul, mais que le mariage n'a jamais existé (1).

441. Dira-t-on que la question est une dispute de mots? Non; il y a des principes sévères qui régissent l'action en nullité du mariage; il s'agit de savoir si ces principes doivent recevoir leur application au mariage inexistant? M. Demolombe répond oui et non. Il admet la distinction, mais il serait dangereux, dit-il, de la suivre dans toutes ses conséquences; il faudra, selon lui, appliquer quelquefois au mariage inexistant les principes que le code établit pour le mariage nul. Quelle est la raison de cette hésitation? C'est que la distinction n'a pas été reconnue nettement par les auteurs du code. Eh! qu'importe? Nous comprenons qu'on la rejette, en se fondant sur le silence de la loi; mais nous ne comprenons pas qu'on l'admette comme vraie, et qu'on recule devant les conséquences. Il

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 214, note 2, § 451 *bis*.

n'y a point de demi-vérité; or, les principes sont l'expression de la vérité, telle que nous la concevons dans notre faiblesse humaine; il n'y a donc pas de demi-principe. Que deviendrait la science du droit si elle cessait d'être logique?

442. Nous avons dit que la cour de cassation pose comme principe qu'il n'y a d'autres nullités que celles qui sont textuellement établies par le code. Faut-il appliquer ce principe aux conditions requises pour le mariage inexistant? Il est évident que non. En effet, le code ne consacre pas en termes formels la théorie des mariages inexistants; tandis qu'il contient un chapitre spécial sur les mariages nuls. Il y a donc, au point de vue des textes, une différence radicale entre les mariages nuls et les mariages inexistants. Le chapitre IV de notre titre n'aurait pas de raison d'être si l'on pouvait admettre d'autres nullités que celles que la loi consacre. S'agit-il, au contraire, des conditions requises pour l'existence du mariage, nous sommes sans texte; du moins il n'y a pas de théorie clairement formulée; par suite, l'interprète doit décider d'après les principes plutôt que d'après les textes les difficultés qui se présentent. Qu'arriverait-il si l'on appliquait à la non-existence du mariage les principes qui régissent les demandes en nullité? Il faudrait dire que le mariage célébré entre deux personnes du même sexe est valable et ne peut être attaqué par aucune espèce d'action. Il ne peut l'être par une demande en nullité, puisqu'il n'y a pas de texte qui prononce la nullité. Il ne pourrait l'être par une action tendante à ce que le mariage soit déclaré non existant, puisqu'il n'y a pas de texte qui définisse les conditions requises pour l'existence du mariage. Cela prouve que, pour ces conditions, on ne peut pas appliquer les principes sur les nullités de mariage. Il faut donc décider que l'on pourra agir en justice pour faire déclarer le mariage non existant, dans tous les cas où, d'après les principes généraux de droit, il manque une condition sans laquelle l'existence du mariage ne se conçoit pas.

443. La cour de cassation pose un second principe en matière de nullité, c'est que la demande ne peut

être intentée que par ceux auxquels la loi donne formellement ce droit. Doit-on appliquer ce principe aux mariages non existants? Non; la raison de différence est la même que celle que nous venons de donner pour le premier principe. Le code ne contient pas une seule disposition sur cette question; dès lors il est impossible d'admettre un principe limitatif ou restrictif. Par cela seul qu'il ne limite pas les personnes qui peuvent se prévaloir de la non-existence d'un mariage, on reste dans le droit commun. Le code déroge au droit commun, en ce qui concerne les mariages nuls; il n'y déroge pas en ce qui concerne les mariages non existants : donc c'est le droit commun qui reste applicable. Quel est ce droit commun? C'est que toute personne qui a un intérêt peut agir en justice. Donc il faut décider que toute personne intéressée peut invoquer la non-existence d'un mariage, soit par voie d'action, soit par voie d'exception (1). Nous allons faire l'application de ce principe au mariage contracté par une personne qui était en état de démence au moment de la célébration. Nous verrons que si l'on voulait appliquer au mariage non existant le principe du mariage nul, il en résulterait que le mariage de celui qui était en état de démence au moment où il a déclaré consentir, ne pourrait être attaqué par personne.

Un homme en état de démence contracte mariage. Les collatéraux en demandent la nullité. Sont-ils recevables? La cour de Paris a décidé qu'il fallait appliquer l'article 146, aux termes duquel il n'y a point de mariage s'il n'y a point de consentement; que de là résultait une nullité absolue que les héritiers collatéraux pouvaient faire valoir. Il faut ajouter que la cour invoque l'article 184 qu'elle déclare n'être pas limitatif. Son arrêt a été cassé. La cour de cassation se fonde sur les principes qui régissent la nullité du mariage. D'après ces principes, la nullité ne peut être demandée que par ceux auxquels la loi accorde expressément ce droit; or, aucun texte ne permet aux collatéraux de demander la nullité d'un mariage pour cause de

(1) Zachariæ *Cours de droit civil français*, t. III, p. 215, note 3, § 451 *bis*

démence; l'article 184 est donc essentiellement limitatif. Cela décide la question (1). Merlin a pris parti pour la doctrine consacrée par la cour de cassation (2). Au point de vue des principes sur les demandes en nullité de mariage, il n'y a pas de doute. Pas de nullité sans texte qui accorde l'action, et de texte il n'y en a pas. Il y a d'autres arrêts dans le même sens. La cour de cassation a jugé qu'alors même qu'il y aurait interdiction, les collatéraux ne peuvent, après la mort de l'interdit, demander la nullité du mariage qu'il aurait contracté après le jugement, toujours en se fondant sur l'article 184, qui est limitatif (3).

Voyons quelles sont les conséquences qui vont résulter de cette jurisprudence. Il est certain que les collatéraux ne peuvent pas agir en nullité. Qui donc le pourra? Personne, si l'on décide la question d'après les principes sur les nullités. Merlin dit, il est vrai, qu'il faut appliquer l'article 180, aux termes duquel le mariage contracté *sans le consentement libre* d'un époux peut être attaqué par celui dont le consentement n'a pas été libre. Merlin voit dans l'article 180 la sanction de l'article 146, d'après lequel « il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. » On n'a qu'à mettre les deux dispositions en regard pour se convaincre que cette interprétation est inadmissible. L'article 146 parle de l'absence de consentement, tandis que l'article 180 suppose qu'il y a eu consentement, mais qu'il est vicié par la violence ou par l'erreur. Dans le cas de l'article 146, le mariage est non existant, tandis que dans le cas de l'article 180 le mariage est nul. Donc quand il n'y a pas de consentement, et c'est le cas de celui qui consent étant en état de démence, l'article 180 n'est pas applicable. Et il n'y en a pas d'autre qui accorde une action en nullité pour absence de consentement.

(1) Arrêt de la cour de Paris du 18 mai 1818 (Dalloz, au mot *Culte*, n° 115, 3°). Arrêt de la cour de cassation du 9 janvier 1821 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 210).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI, § 2, article 180, 1re question.

(3) Arrêt du 12 novembre 1844 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 1, 98). Comparez arrêt de Colmar du 27 février 1852 (Dalloz, 1852, 2, 260).

Merlin dit que cela est absurde, puisqu'il en résulterait qu'un mariage contracté par une personne en état de démence ne pourrait être attaqué par personne. La loi dit cependant qu'il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. Ainsi il n'y aurait pas de mariage, et néanmoins cette apparence de mariage serait inattaquable. Certes, cela serait absurde ; mais l'absurdité n'existe que si l'on veut appliquer les principes du mariage nul au mariage non existant, c'est-à-dire quand on veut appliquer des dispositions exceptionnelles à un cas qui est régi par la règle générale. Il n'est pas exact de dire, comme le fait Merlin, que l'article 146 reste sans sanction, si l'on ne peut pas appliquer l'article 180 ; il aura, au contraire, une sanction plus forte que celle de la nullité. En effet, tandis que le mariage nul ne peut être attaqué que par certaines personnes auxquelles la loi accorde ce droit, le mariage de celui qui n'a pas consenti parce qu'il était incapable de consentir, pourra être attaqué par toute personne qui y a intérêt, en ce sens que toute partie intéressée peut demander que le juge déclare qu'il n'y a jamais eu de mariage. Le tribunal de Gand l'a décidé ainsi, et sa décision est très-juridique (1). On conçoit que la loi permette difficilement d'attaquer un mariage qui est simplement annulable, c'est-à-dire qui produit tous ses effets ; car c'est jeter le trouble dans les familles. Il n'en est pas ainsi d'un mariage qui n'existe pas aux yeux de la loi, et qui par conséquent ne produit aucun effet. Sans doute, en fait, les prétendus époux peuvent avoir cohabité, et dans ce cas le jugement qui prononcera que le mariage n'a jamais existé, produira les mêmes inconvénients que le jugement qui annule un mariage. Cela prouve que le législateur aurait dû régler les conditions requises pour l'existence du mariage et les conséquences qui résultent de la non-existence. Mais il ne l'a pas fait, et il n'appartient pas au juge de combler la lacune.

444. Il faut appliquer les mêmes principes au cas où

(1) Jugement du 14 décembre 1846 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1847, 3, 24). Il y a un arrêt dans le même sens de la cour d'Alger, du 21 avril 1853 (Dalloz, *Recueil*, 1855, 2, 342).

le mariage serait non existant pour défaut de solennité. Le mariage n'a pas été célébré devant un officier de l'état civil; il n'y a certes pas de mariage. Qui peut se prévaloir de la non-existence de ce mariage apparent? Toute personne qui y a intérêt. Si les prétendus époux voulaient contracter un mariage véritable, ils n'auraient pas même besoin d'agir en justice pour faire déclarer qu'il n'y a point de mariage; l'officier de l'état civil ne devrait pas s'arrêter devant un titre qui n'existe pas. Sans doute, dès qu'il y a contestation, elle doit être décidée par le juge; mais, dans l'espèce, nous croyons qu'il n'y aurait pas lieu à contester.

Cependant l'application de ces principes donne lieu à une difficulté sur laquelle il y a controverse. Un mariage est célébré devant un ministre du culte : est-il nul ou est-il non existant? Si l'on disait qu'il est nul, il n'y aurait personne qui pourrait en demander l'annulation; quand la loi parle de l'incompétence, elle suppose toujours qu'il y a un *officier public* (art. 191); or, les ministres du culte ne sont certes pas des officiers publics. D'après la constitution belge du moins, il n'y a pas de doute. M. Nothomb a déclaré, lors de la discussion, que les ministres du culte n'étaient plus que des individus aux yeux de la loi; c'est dire qu'ils n'ont aucun caractère public. Quand donc le ministre d'un culte quelconque célèbre un mariage, c'est comme si le premier venu procédait à la célébration. Il n'y a pas même là une apparence de titre, donc pas de mariage. Mais qui aura le droit de l'attaquer? Par voie d'action en nullité, il ne peut pas être attaqué, parce qu'il n'y a pas de texte. Si donc on admettait ou que le mariage est nul, ou qu'il faut appliquer aux mariages inexistants les principes de l'action en nullité, il en résulterait que ce mariage est inattaquable. Cela est absurde; il faut donc laisser de côté les principes spéciaux qui régissent les demandes en nullité de mariage, et appliquer les principes généraux, d'après lesquels toute personne intéressée peut agir en justice.

La jurisprudence sur cette question délicate est indécise Nous y reviendrons en traitant du mariage putatif.

N° 2. APPLICATION.

445. Toute action, en principe, est soumise à la prescription. Les demandes en nullité de mariage sont aussi prescriptibles, quand elles se fondent sur un intérêt privé. Il n'en est pas de même de l'action qui naît de l'inexistence d'un mariage : elle est imprescriptible. Pourquoi? Les nullités absolues ne se prescrivent pas, parce que l'intérêt de la société demande toujours que les mariages criminels ou honteux soient annulés. Est-ce aussi là le motif pour lequel l'action ou l'exception qui tend à faire déclarer le mariage non existant ne se prescrit pas? Non, car il est possible que l'intérêt privé soit seul en cause. Tel est le mariage dans lequel il n'y a pas eu de consentement. Pourquoi donc n'y a-t-il pas de prescription en ce cas? C'est qu'en réalité il n'y a pas d'action, et il n'y a pas d'action parce qu'il n'y a pas de contrat. Or, à celui qui prétend qu'il y a un contrat, on peut toujours opposer, par voie d'action ou d'exception, qu'il n'y a jamais eu de consentement. Il serait contraire à la raison et au droit que le néant devînt valable et se transformât en contrat, par la seule raison que dix ou trente années se sont écoulées depuis que ce néant s'est produit sous la forme d'un contrat (1).

446. Si une action est intentée pour faire déclarer qu'il n'y a point de mariage, devant quel tribunal devra-t-elle être portée? On appliquera le principe général d'après lequel le demandeur doit former son action devant le tribunal du domicile du défendeur. Il n'y a pas à distinguer entre les époux, car il n'y a pas d'époux. On ne peut donc pas dire que la femme a son domicile chez son mari; il n'y a ni mari ni femme. Les parties sont régies par le droit commun. On ne peut pas appliquer au mariage non existant ce que nous avons dit du mariage nul; le premier ne produit aucun effet; comme le dit énergiquement l'ar-

(1) C'est l'opinion de tous ceux qui admettent la théorie des actes non existants (Demolombe, t. III, p. 381, n° 241).

ticle 146, n'y a point de mariage, donc pas de domicile marital.

La femme aura-t-elle besoin d'une autorisation quelconque pour plaider? Non; à qui la demanderait-elle? Au mari? Il n'y a pas de mari. A la justice? Mais de quel chef? Il n'y a pas de mariage, donc aucune incapacité ne frappe la femme (1). Par la même raison, si la femme était mineure, elle ne serait pas émancipée par le mariage, car il n'y a point de mariage; elle reste donc ou sous puissance paternelle ou sous puissance tutélaire; par suite, ce n'est pas elle qui doit agir en justice, c'est le père, la mère ou le tuteur.

On peut faire une objection sérieuse contre ces solutions. C'est, dira-t-on, aboutir à la nullité de plein droit, alors qu'il n'y a pas de nullité pareille. Le mariage a été contracté devant un ministre du culte. Est-il simplement nul ou est-il inexistant? La question est controversée. En attendant qu'elle soit décidée, ne faut-il pas dire qu'il y a une apparence de mariage, que ce mariage apparent n'est pas nul de plein droit, que partant il y a un domicile marital, il y a émancipation, il y a incapacité de la femme? Dire qu'il n'y a rien, n'est-ce pas préjuger la décision du juge? Il y a là une difficulté véritable que le législateur aurait dû décider. Dans le silence de la loi, que doit faire l'interprète? Nous croyons qu'il doit s'en tenir au principe formulé par l'article 1131 : un acte non existant ne peut produire aucun effet.

447. Par la même raison, nous déciderons que s'il y a eu cohabitation, et si des enfants sont nés du commerce des deux prétendus époux, ces enfants n'auront pas d'état, que leur filiation ne sera pas légalement constatée. Cela ne fait aucun doute, quand il n'y a point eu de célébration devant un officier de l'état civil, ni par conséquent d'acte de mariage inscrit sur les registres : l'un des éléments constitutifs de la filiation manque dans ce cas, l'acte

(1) La cour de cassation a décidé que la femme n'avait pas besoin d'autorisation pour s'inscrire en faux contre un acte de célébration de mariage qu'elle prétendait n'avoir pas été célébré. (Arrêt du 31 août 1824, dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 561)



qui prouve le mariage. Mais la question devient douteuse, s'il y a eu une célébration régulière; par exemple, une personne en état de démence s'est mariée devant l'officier de l'état civil, l'acte est inscrit sur les registres. Un enfant naît de cette union, un acte de naissance est dressé. Pourra-t-il invoquer ces actes pour prouver sa filiation? Nous croyons qu'il le peut. Il est vrai que, dans la rigueur des principes, l'acte dressé pour constater la célébration d'un mariage non existant est également inexistant, et comme tel il ne peut produire aucun effet. L'objection est sérieuse. Mais ne peut-on pas répondre qu'il y a un titre, et que foi doit rester au titre jusqu'à ce que le juge ait déclaré qu'il n'y a pas de mariage? Et en supposant que le mariage soit déclaré inexistant, toujours est-il qu'il y a un acte inscrit sur les registres de l'état civil, qui prouve authentiquement l'union que deux personnes ont contractée, union de fait, soit; mais le fait ne suffit-il pas pour établir la filiation, si on le combine avec le fait de la naissance, lequel est également établi d'une manière authentique? Nous le croyons. Qu'on ne dise pas que nous, qui prêchons la logique à toute occasion, nous sommes inconséquents, en attribuant un effet au mariage inexistant; ce n'est pas au mariage que nous l'attribuons, c'est à deux faits constatés par des actes authentiques. Si l'état des enfants est constaté, pourront-ils réclamer le bénéfice du mariage putatif? Nous examinerons cette question plus loin (n° 515).

SECTION II. — Des nullités relatives.

§ Ier. *Vices de consentement.*

448. Quand il n'y a point de consentement, dit l'article 146, il n'y a point de mariage. La loi ne dit pas que le mariage est nul, il n'existe pas. Il en est autrement si le consentement a été donné, mais s'il est vicié par l'erreur ou la violence. Dans ce cas, le mariage est nul. L'erreur donne lieu à un doute; on peut soutenir que s'il y a erreur dans la personne, le mariage est non existant. Nous avons examiné la question plus haut (n° 291); il nous reste à parler des vices qui entraînent la nullité du mariage. La nullité est relative. Aux termes de l'article 180, le mariage ne peut être attaqué que par les époux dont le consentement n'a pas été libre, ou qui ont été induits en erreur. Pourquoi l'erreur et la violence ne produisent-elles qu'une nullité relative?

Portalis répond que le défaut de liberté est un fait dont le premier juge est la personne qui prétend n'avoir pas été libre. « Des tiers, dit-il, peuvent avoir été témoins des procédés extérieurs, desquels on se croit autorisé à conclure qu'il y a eu violence ou contrainte; mais ils ne peuvent jamais apprécier l'impression continue ou passagère qui a été ou qui n'a pas été opérée par ces procédés. » Cela est vrai, à plus forte raison, de l'erreur. Ce premier motif, que l'on donne d'ordinaire pour expliquer le caractère relatif de la nullité qui résulte d'un vice de consentement, n'est pas décisif. Ce n'est qu'une difficulté de preuve, mais cette difficulté n'est pas une impossibilité. Aussi la loi admet-elle, en matière d'obligations, toute personne intéressée à se prévaloir des vices qui en annulant le consentement, annulent en même temps le contrat. Il doit donc y avoir un autre motif.

« Quel est celui, dit Portalis, qui aurait le droit de soutenir que je n'ai pas été libre quand, malgré les apparences, j'assure l'avoir été? Dans une affaire aussi personnelle, mon témoignage ne serait-il pas supérieur à tout

autre témoignage (1)? » Oui, si l'intérêt de l'époux violenté ou trompé était seul en cause. Mais pourquoi, si des tiers y sont intéressés, ne leur permet-on pas d'attaquer le mariage? La vraie raison est que la société n'a aucun intérêt à ce qu'on annule un mariage pour vice de consentement; la société est, au contraire, intéressée à ce que le mariage soit maintenu, parce que l'annulation est une cause de trouble dans le sein des familles. Voilà pourquoi la loi limite l'action et ne l'accorde qu'aux principaux intéressés.

449. Les héritiers des époux ont-ils le droit d'intenter l'action? Tout le monde est d'accord qu'ils ne l'ont pas. Mais il importe de préciser la vraie raison de décider. On dit d'ordinaire que l'action est personnelle de sa nature, en invoquant les motifs que Portalis a donnés pour justifier le caractère relatif de la nullité. C'est confondre deux ordres d'idées très-distincts. De ce que la nullité est relative, il ne suit pas que les héritiers ne puissent pas la demander. Les héritiers ne succèdent-ils pas à tous les droits et actions de leurs auteurs? Pourquoi donc ne succèdent-ils pas au droit qu'avait le défunt de demander la nullité du mariage? Telle est la vraie question. On admet une exception à une règle générale. Y a-t-il un texte qui nous y autorise? On cite les termes restrictifs de l'article 180 : « Le mariage *ne peut* être attaqué *que* par les époux dont le consentement n'a pas été libre; il *ne peut* l'être *que* par celui des deux époux qui a été induit en erreur. » Mais, encore une fois, ces termes restrictifs ne prouvent qu'une chose, c'est que la nullité est relative; ils ne décident pas que l'action en nullité ne peut pas passer aux héritiers. Duranton ne trouve d'autre raison que le principe posé par la cour de cassation : ceux-là seuls auxquels la loi a expressément donné le droit d'attaquer le mariage peuvent en demander la nullité (2). Ce principe, pas plus que le texte de l'article 180, n'exclut les héritiers, car ce n'est pas en leur nom qu'ils agissent, c'est comme représentant la personne du défunt. Il n'y a point d'ex-

(1) Portalis, Exposé des motifs, n° 42 (Locré, t. II, p. 391).
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 231, n° 270.

ception à ce principe dans nos textes. Faut-il donc appliquer la règle? Non, la règle ne peut pas recevoir son application à la demande en nullité de mariage, parce que la règle suppose des droits pécuniaires qui se trouvent dans le domaine du défunt, et qui passent avec ce domaine à ses héritiers. Est-ce que le droit d'agir en nullité du mariage est un droit pécuniaire? fait-il partie des biens? Non, certes; c'est un droit essentiellement moral; voilà pourquoi il est attaché à la personne de l'époux; il doit donc s'éteindre à sa mort.

450. Mais que faut-il décider si l'action a été intentée et si l'époux meurt avant la prononciation du jugement? L'opinion commune est que l'action intentée passe aux héritiers. On invoque une maxime du droit romain, admise comme un adage, c'est que les actions qui étaient personnelles avant d'avoir été intentées cessent de l'être du moment où elles sont portées devant les tribunaux. Marcadé repousse la règle romaine avec une espèce de dédain : « Toutes les règles romaines réunies, dit-il, ne pourraient rien en face de la volonté expresse du législateur, qui déclare que l'époux est le seul au profit duquel il permette de briser le contrat de mariage (1). » Nous partageons l'avis de Marcadé sur le fond du débat, mais nous ne partageons pas son dédain pour les règles romaines. Sans doute, si le législateur avait exprimé sa volonté, l'interprète ne pourrait pas lui opposer un principe, quelque vrai qu'il fût. Mais où est cette expression si certaine de ce que veut la loi? Les termes de l'article 180 ne peuvent pas même être invoqués pour exclure les héritiers, alors que le défunt n'a pas intenté l'action; à plus forte raison ne décident-ils pas la question de la transmission de l'action intentée. Dans le silence de la loi, c'est bien aux principes qu'il faut recourir. La règle romaine est fondée en raison quand il s'agit d'intérêts pécuniaires; dès que l'action est intentée, alors même qu'elle est purement personnelle, elle entre dans le domaine du demandeur, elle fait partie de ses biens, elle doit donc se transmettre à ses héritiers.

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 478, article 131, n° 7.

Mais le principe s'applique-t-il aux actions essentiellement morales? Non, ces actions ne forment jamais un bien, elles ne font donc pas partie du patrimoine; dès lors elles ne peuvent pas passer aux héritiers.

Il y a toutefois des objections sérieuses. Aux termes de l'article 330, l'action en réclamation d'état, commencée par l'enfant, peut être suivie par les héritiers. Voilà l'application de la maxime romaine à une action morale; donc, dit-on, la maxime est absolue dans l'esprit de la loi. L'article 329 répond à l'objection. Il permet aux héritiers d'intenter l'action, si l'enfant est décédé mineur ou dans les cinq années après sa majorité. Le code ne considère donc pas l'action comme purement morale; en effet, tous les droits pécuniaires de l'enfant et de ses héritiers dépendent de son état. On conçoit donc que le législateur permette aux héritiers d'intenter l'action; à plus forte raison doivent-ils avoir le droit de la suivre quand elle est commencée.

On objecte encore l'article 957, qui décide que l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude passe aux héritiers du donateur quand elle a été intentée. Nouvelle application, dit-on, de la règle romaine à une action morale. Non, l'action n'est pas essentiellement morale, elle n'a qu'un élément moral, c'est qu'elle est fondée sur une injure, mais l'objet de la demande est pécuniaire; aussi la loi dit-elle que les héritiers peuvent l'intenter quand le donateur décède dans l'année du délit (1).

451. La nullité peut se couvrir. D'après l'article 181, « la demande n'est plus recevable toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue. » C'est une confirmation tacite. La nullité n'étant que relative, celui qui a le droit de la demander y peut renoncer; car il renonce à un droit qui est établi en sa faveur. Ce que l'on a fait dans le principe par contrainte ou par erreur, dit Portalis, on peut dans la suite le confirmer par raison et par choix. La loi détermine les con-

(1) Voyez, en sens contraire, Demolombe, t. III, p. 416, n° 259.

ditions sous lesquelles il y a confirmation. Il faut d'abord que les époux cohabitent depuis qu'ils sont devenus libres ou qu'ils ont reconnu l'erreur; c'est cette cohabitation qui implique l'intention d'approuver le mariage; s'ils avaient le dessein d'en demander la nullité, évidemment ils cesseraient de cohabiter; l'intention contraire ne peut pas même se supposer, non-seulement d'après les principes de droit, mais elle serait encore profondément immorale; la cohabitation deviendrait un concubinage, si elle était continuée alors que les époux ont l'intention de demander la nullité de leur union. Pourquoi donc la loi exige-t-elle que la cohabitation soit continuée pendant six mois? Le délai est long, trop long peut-être. Mais il y avait un autre écueil, un autre danger. Si le délai était très-court, pourrait-on dire avec certitude que le fait de cohabitation implique approbation? Le délai de six mois ne commence à courir qu'à partir du moment où « l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue. » Cette condition découle de l'essence même de la confirmation; si elle se faisait lorsque l'époux est encore sous l'empire de la violence ou de l'erreur, elle serait viciée par les mêmes causes qui vicient le mariage.

452. La preuve donne lieu à une difficulté. On suppose que l'époux violenté ou trompé demande la nullité du mariage un an après la célébration. Suffira-t-il qu'il prouve la violence ou l'erreur? ou doit-il prouver aussi qu'il est encore dans le délai utile pour intenter l'action; c'est-à-dire que la violence a cessé depuis moins de six mois, ou que six mois ne se sont pas écoulés depuis qu'il a reconnu l'erreur? La doctrine et la jurisprudence s'accordent à décider que c'est au demandeur à prouver qu'il est encore dans le délai utile pour former son action. Il nous semble que cette opinion est en opposition avec les principes qui régissent la preuve. L'époux demandeur fonde son action sur un vice de consentement; il suffit donc qu'il prouve la violence ou l'erreur au moment de la célébration du mariage. C'est l'époux défendeur qui lui oppose que le mariage a été confirmé par une cohabitation continuée pendant six mois depuis la cessation de la violence, ou depuis la dé-

couverte de l'erreur; n'est-ce pas à lui, qui devient demandeur quant à son exception, à prouver les faits qui en sont le fondement?

Un arrêt de la cour de Bordeaux répond à l'objection (1). L'action en nullité de mariage pour vice de consentement ne peut plus être intentée toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que la violence a cessé, ou que l'erreur a été reconnue; il ne suffit donc pas que le demandeur prouve l'existence du vice lors de la célébration; il faut de plus qu'il prouve à quelle époque les vices ont cessé; car c'est dans les six mois à partir de ce moment qu'il doit intenter son action; il doit donc prouver qu'il est dans ce délai. Ceci est le vrai point de la difficulté. Est-ce au demandeur à prouver qu'il est encore dans le délai prescrit par la loi pour agir? En principe, non, car la prescription est une exception, que le défendeur oppose au demandeur, c'est donc à lui à prouver que le demandeur n'est plus dans le délai légal. Cette règle doit recevoir son application à l'espèce, puisque la loi n'y déroge pas.

453. Y a-t-il une autre confirmation que celle qui est définie par l'article 181? On est d'accord pour décider qu'il ne peut pas y avoir d'autre confirmation tacite. La définition que le législateur en donne est limitative de son essence; si elle était explicative, elle n'aurait plus de raison d'être. A quoi bon préciser avec tant de soin les conditions requises pour qu'il y ait confirmation tacite, si le législateur permettait au juge d'admettre d'autres confirmations, lesquelles seraient abandonnées à son appréciation? Il y avait, au contraire, une raison déterminante pour limiter la confirmation tacite au cas prévu par la loi. Rien n'est plus difficile à prouver qu'une volonté tacite, car les faits que l'on invoque sont le plus souvent susceptibles d'une interprétation diverse : cela est vrai surtout quand il s'agit de vices du consentement. Telle est aussi l'opinion générale. Seulement Duranton croit que la grossesse de la femme, jointe à d'autres faits caractéristiques

(1) Arrêt du 20 février 1867 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1868, 2, 19).

d'une approbation volontaire, constitueraient une fin de non-recevoir (1). Nous repoussons de toutes nos forces ces accommodements avec les faits. Que l'on décide, oui ou non, si la confirmation tacite est admissible en dehors des cas prévus par l'article 181. Ne l'est-elle pas, il n'y a plus à transiger avec les faits; il faut la repousser toujours et dans tous les cas.

On demande si la confirmation expresse serait admise. Nous sommes étonnés de ce que l'on pose la question. Pourquoi la loi admet-elle la confirmation tacite? Parce qu'il s'agit d'une nullité relative, parce que l'époux peut renoncer à un droit qui n'est établi qu'en sa faveur. La confirmation est donc l'application d'un principe général. Or, qu'est-ce que la confirmation? Une manifestation de volonté. Et la volonté, comment se manifeste-t-elle? D'une manière expresse ou d'une manière tacite. Le législateur rejette parfois la volonté tacite, parce que la preuve en est incertaine et donne lieu à des contestations et à des procès. Mais jamais il ne lui arrive de rejeter la volonté expresse alors qu'il admet la volonté tacite. Est-il nécessaire d'en dire la raison? Peut-il encore y avoir un doute quand la volonté est déclarée en termes exprès? Il faudrait une disposition formelle dans la loi pour que l'on pût admettre qu'elle déroge à des principes aussi élémentaires. Il est vrai que l'article 183 mentionne la confirmation expresse, tandis que l'article 181 n'en parle pas. Mais qui ignore que le code n'est pas rédigé avec une exactitude mathématique? C'est précisément pour cette raison que les arguments tirés du silence de la loi ont si peu de valeur. Si nous nous arrêtons un moment sur une question qui réellement n'en est pas une, c'est qu'il importe de maintenir les principes sans lesquels la science du droit cesse d'être une science. On objecte que la confirmation expresse pourrait être l'effet d'un mouvement irréfléchi. La réponse est simple et péremptoire. Il n'y a de volonté que celle qui est sérieuse. Celui qui a confirmé le mariage d'une manière expresse prétend-il que son consentement est vicié, il sera

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p 238, nº 279.

admis à le prouver. Mais de ce qu'il peut arriver que la confirmation expresse soit viciée, conclura-t-on que le législateur a dû et a voulu la repousser en règle générale? C'est là une étrange façon de raisonner (1)!

454. L'action en nullité s'éteint-elle par la prescription? On suppose qu'après la célébration du mariage, les époux se sont séparés et qu'ils sont restés séparés sans demander la nullité de leur union. Si la séparation dure pendant le temps requis pour la prescription, l'action sera-t-elle prescrite? L'affirmative est généralement admise, et avec raison. Toute action se prescrit, à moins que la loi ne la déclare imprescriptible. Or, il n'y a pas de texte qui s'oppose à la prescription de l'action en nullité de mariage pour vice de consentement. Serait-elle de sa nature imprescriptible? On dit que c'est une question d'état, et que l'état ne se prescrit pas (art. 328) (2). Non, la nullité n'implique pas une question d'état; tout ce que l'on peut dire, c'est qu'elle est d'ordre public, parce que le mariage est d'ordre public; mais personne n'a jamais soutenu que les actions qui concernent l'ordre public soient imprescriptibles. Demante insiste et dit que les époux vivant séparés, plus est long l'espace de temps écoulé sans cohabitation, moins on peut en induire l'intention de confirmer le mariage, et plus il serait injuste de déclarer l'action éteinte. Cela suppose que la prescription est fondée sur une confirmation. Telle n'est certes pas la prescription de trente ans. Si le législateur l'admet, c'est pour mettre fin aux procès et à l'incertitude, au trouble qui naîtraient de droits que l'on pourrait toujours exercer. Ces motifs s'appliquent à l'action en nullité de mariage : elle reste donc sous l'empire du droit commun, et partant elle est prescriptible.

Reste à savoir quelle est la prescription : est-ce la prescription générale de trente ans (art. 2262), ou est-ce la prescription spéciale de dix ans (art. 1304)? Au premier abord, on serait tenté de décider qu'il faut appliquer l'article 1304, qui porte : « Dans tous les cas où l'action en

(1) Marcadé défend l'opinion générale contre Demante et Mourlon (t. Ier, p. 480, article 182, n° 2).

(2) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 361, 263 *bis*, II.

nullité ou en rescision n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans. » Le mariage n'est-il pas un contrat? Dès lors n'est-il pas régi par cette disposition? Non, il n'y a pas lieu à la prescription de dix ans. La raison de décider n'est pas, comme on le dit, que l'article 1304 ne concerne que les actions fondées sur un intérêt pécuniaire (1); on pourrait en dire autant de l'article 2262, et il en résulterait que l'action en nullité de mariage serait imprescriptible. La vraie raison de décider se trouve dans la nature particulière de la prescription de dix ans : c'est une confirmation tacite, or le code n'admet d'autre confirmation tacite que celle qui est établie par l'article 181.

Puisque l'article 1304 est écarté par l'article 181, reste la prescription générale de trente ans. M. Demolombe donne la préférence à l'article 1304, parce qu'il est particulièrement applicable aux actions qui nécessitent un examen de faits et une appréciation de preuves, et que le temps rend toujours cette appréciation plus difficile et plus incertaine (2). Nous citons cet étrange raisonnement pour mettre nos lecteurs en garde contre la phraséologie juridique. Que l'on veuille bien préciser les *faits* et les *circonstances* qu'il s'agit d'apprécier dans l'application de l'article 1304! Il est d'ailleurs inapplicable par cela seul qu'il est fondé sur une confirmation tacite (3).

§ II. *Défaut de consentement des ascendants ou de la famille.*

455. Les ascendants sont appelés à consentir au mariage, ainsi que le conseil de famille. Si l'enfant s'est marié sans ce consentement, son mariage est nul. Les ascendants doivent encore être consultés par l'enfant à tout âge; mais le défaut d'actes respectueux n'entraîne pas la nullité; le code ne la prononce pas, et il n'y a pas de nullité sans

(1) C'est le dire de Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 481, n° 3 de l'article 181.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 430, n° 218.
(3) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 263, note 18, § 462.

texte. On conçoit, du reste, la raison de la différence que la loi met entre le défaut de consentement et le défaut d'actes respectueux. Quand l'enfant a atteint l'âge où il peut se marier sans le consentement de ses ascendants, il doit, il est vrai, demander leur conseil; s'il ne le fait point, il manque au respect qu'il leur doit. Mais ce serait dépasser la mesure d'une légitime sévérité que d'annuler un mariage quand il n'y a pas eu d'actes respectueux, alors que les époux pourraient immédiatement contracter un nouveau mariage en remplissant les formalités prescrites par la loi. Le législateur n'a pas voulu de nullité illusoire. C'est l'opinion générale, et elle a été consacrée par un arrêt de la cour de cassation : on est étonné qu'une question aussi évidente ait pu être portée devant la cour suprême (1).

456. Pourquoi la nullité est-elle relative? L'article 182 porte : « Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants, ou du conseil de famille, dans les cas où ce consentement était nécessaire, *ne peut être attaqué que* par ceux dont le consentement était requis ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement. » Portalis nous dit les raisons pour lesquelles la loi accorde l'action aux ascendants. « Ils vengent leur propre injure en intentant cette action; ils font plus, ils remplissent un devoir. La loi requérait leur intervention dans le mariage pour l'utilité même des époux. Ils satisfont au vœu de la loi, ils répondent à sa confiance, en cherchant à réparer, par la voie de la cassation, le mal qu'ils n'ont pu prévenir par les voies plus douces d'une tendre surveillance. » Il est évident que cette raison ne s'applique ni aux collatéraux, ni aux tiers en général. Si le mariage est nul, c'est pour des considérations personnelles aux ascendants et aux enfants; il est donc naturel qu'eux seuls aient l'action en nullité. On pourrait croire que le législateur aurait dû la refuser aux enfants qui ont bravé, méprisé l'autorité de leurs ascendants. Si la loi la leur donne, c'est par application d'un principe de droit; ils sont mineurs, incapables, or l'incapable peut toujours invoquer

(1) Voyez les témoignages dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 504.

son incapacité pour demander la nullité des engagements qu'il a contractés. On ne peut pas faire à l'enfant un crime de sa faute, il a une cause dans son incapacité même (1); on présume qu'il a cédé à la séduction, comme le dit Pothier (2).

457. Qui peut demander la nullité? L'article 182 répond à notre question : « Ceux dont le consentement était *requis*. » La loi entend par là ceux dont le consentement était *nécessaire*, comme le dit le commencement de l'article, c'est-à-dire ceux qui doivent consentir au mariage pour qu'il soit valable. En ce sens, il est dit à la fin de l'article que l'époux qui avait *besoin de ce consentement* peut aussi intenter l'action en nullité. L'article 183 répète les mêmes expressions. Il ne peut donc pas y avoir de doute sur le principe posé par le code. Pour savoir qui peut demander la nullité, il faut se reporter au moment où le mariage a été célébré; c'est celui qui devait consentir, pour la validité du mariage, qui pourra agir en nullité; si lui garde le silence, personne ne peut intenter l'action; s'il meurt, l'action s'éteint avec lui. Peu importe qu'il y ait encore d'autres ascendants; leur consentement n'était pas requis lors de la célébration du mariage, donc ils n'ont pas qualité pour agir. Ce principe, qui découle du texte, est aussi fondé en raison. C'est l'ascendant dont l'autorité a été méprisée qui seul doit avoir le droit de la venger. Les autres ascendants, n'étant pas appelés à consentir, ne peuvent pas se plaindre qu'on leur ait manqué de respect; ils étaient sans autorité, il est donc impossible que leur autorité ait été méconnue. Tel est le principe; si l'on s'y tient, on pourra facilement résoudre les difficultés qui se présentent dans l'application.

L'enfant mineur se marie sans le consentement de ses père et mère. Qui a l'action en nullité? Celui dont le consentement était nécessaire pour la validité du mariage, c'est-à-dire le père. On prétend que la mère a aussi le droit d'agir, quand le père meurt ou est dans l'impossibilité de

(1) Portalis, Exposé des motifs, n° 44 (Locré, t. II, p. 392).
(2) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 446.

manifester sa volonté; car, dit-on, l'enfant a besoin du consentement de sa mère. Non, il n'en a pas besoin, puisqu'il peut se marier alors même que la mère refuse de consentir au mariage. Il n'y a de rigoureusement nécessaire que le consentement du père, donc lui seul peut agir en nullité. Vainement invoque-t-on le texte de l'article 182 : « Le mariage contracté sans le consentement des *père et mère.* » Si l'on s'attachait à la lettre de la loi, il faudrait dire que la mère peut demander la nullité du mariage, lors même que le père vit et qu'il est capable de manifester sa volonté, ce que personne n'oserait soutenir. Le texte n'a donc pas le sens absolu qu'on lui prête. Il est modifié, limité par les autres expressions dont se sert l'article 182 : « dans les cas où ce consentement était *nécessaire.* » Peut-on dire que le consentement de la mère était *nécessaire* alors que l'enfant peut se marier malgré la mère? Non; cela si vrai, que si le père a consenti et que la mère n'a pas été est consultée, le mariage ne laisse pas d'être valable, car personne ne peut l'attaquer : le père ne le peut, parce qu'il a consenti : la mère ne le peut, parce que son consentement n'est pas *nécessaire* lorsque le père a consenti. Sur ce dernier point, tout le monde, ou à peu près, est d'accord, tandis qu'il y a controverse sur la première question; mais il faut être logique, le consentement de la mère n'est pas plus *nécessaire* dans un cas que dans l'autre. On insiste, et l'on dit que l'enfant manque de respect à sa mère; cela est vrai, mais le seul manque de respect n'autorise pas l'action en nullité, il faut que l'*autorité* de l'ascendant ait été méprisée; or, y a-t-il *autorité* là où l'enfant peut passer outre? Cela décide la question (1).

Quand les aïeuls sont appelés à consentir et qu'il y a dans une ligne un aïeul et une aïeule, l'action appartient-elle à l'aïeule, si l'enfant mineur s'est marié sans le consentement de ses ascendants? La question est la même que celle que nous venons d'agiter pour les père et mère; nous la décidons contre l'aïeule, comme nous l'avons décidée

(1) Marcadé, t. Ier, p. 482, article 182, n° 2. En sens contraire, Demolombe, t III, p. 438, n° 272.

contre la mère. S'il y a des aïeuls dans les deux lignes, et si une ligne a consenti tandis que l'autre n'a pas été consultée, on est d'accord pour dire que l'action en nullité ne peut pas être intentée. Elle ne peut l'être par les ascendants qui ont consenti, puisque leur autorité a été respectée ; elle ne peut l'être par ceux qui n'ont pas été consultés, car quand une ligne consent, le consentement de l'autre n'est plus nécessaire. Telle est l'opinion générale ; elle est logique, si l'on admet que la mère, bien que n'ayant pas consenti, ne peut agir ; mais si l'on admet que la mère a l'action en nullité, nous ne voyons pas pourquoi on la refuse aux aïeuls qui n'ont pas consenti.

On a fait contre la doctrine que nous enseignons une objection singulière. Le consentement du père, dit-on, n'existe légalement point lorsqu'il le donne sans prendre l'avis de la mère. Il en est de même du consentement des aïeuls d'une ligne, quand l'autre ligne n'a pas été consultée (1). Nous cherchons vainement la loi qui établit cette présomption. Il est certain que la mère doit être consultée, de même que les aïeuls, alors même que le père ou une ligne a consenti au mariage. Mais de là à conclure que ce consentement n'existe pas aux yeux de la loi, il y a loin. Comment peut-on dire qu'un consentement n'existe pas, alors que ce consentement est en réalité le seul qui soit nécessaire ?

458. Quand l'ascendant à qui l'action en nullité appartient meurt, cette action passe-t-elle aux ascendants qui survivent ? Il est certain qu'ils ne peuvent pas exercer l'action en leur qualité d'ascendants. C'est une conséquence évidente du principe posé par l'article 182 ; leur consentement n'était pas requis, donc ils ne peuvent pas agir en nullité. Mais on demande si l'action passe aux héritiers. On est d'accord pour dire que les héritiers ne peuvent pas intenter l'action, et qu'ils ne peuvent pas même suivre l'action qui aurait été commencée (2). L'action est personnelle par son essence, puisqu'elle a pour objet de venger l'autorité

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 345, note 2.
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 242 et suiv., nos 289 et 290.

de l'ascendant. Il est vrai que le consentement des ascendants est aussi exigé dans l'intérêt des enfants mineurs; mais les ascendants seuls ont qualité pour exercer cette magistrature de famille; les héritiers, comme tels, n'ont aucun droit d'intervenir. Portalis dit très-bien que les ascendants remplissent un *devoir* en demandant la nullité du mariage que leurs descendants ont contracté sans avoir été entourés de la protection que la loi entend leur assurer. C'est un devoir moral; or, les héritiers succèdent bien aux droits et aux obligations juridiques du défunt, mais ils ne sont certes pas tenus de remplir les devoirs moraux qui lui incombaient. Voilà pourquoi ils ne peuvent pas même continuer l'action intentée. On doit appliquer ici *à fortiori* ce que nous avons dit de la première nullité relative (n°s 449 et 450).

459. L'enfant mineur s'est marié sans le consentement du conseil de famille. Il est certain que le conseil de famille peut demander la nullité du mariage : l'article 182 est formel. Il y a ici quelque chose de spécial. Pour savoir si l'ascendant peut agir en nullité, il faut se reporter à l'époque de la célébration du mariage; si l'ascendant qui à ce moment devait consentir meurt, l'action s'éteint. Il n'en est pas de même du conseil de famille. Peu importe quels sont les collatéraux qui, lors de la célébration du mariage, auraient été appelés à siéger au conseil; quand même ils seraient tous morts, au moment où l'action en nullité doit être intentée, le conseil n'en aurait pas moins qualité. En effet, ce ne sont pas tels collatéraux considérés individuellement qui doivent consentir; c'est un corps moral, qui représente la famille, et que, pour cette raison, on appelle le conseil de famille. Peu importe le changement des membres qui le composent, le corps moral reste toujours identique. C'est ce corps moral qui est appelé à consentir, et c'est ce même corps moral qui intente l'action en nullité de mariage.

460. L'enfant naturel se marie sans le consentement d'un tuteur *ad hoc*, soit qu'il n'y ait pas eu de nomination de tuteur, soit que le tuteur n'ait pas été consulté. Le mariage est-il nul, et qui peut demander la nullité? Quand



il n'y a pas de tuteur *ad hoc*, on s'accorde à dire que le mariage ne peut être attaqué par un tuteur qui n'existe pas. Le mineur pourrait-il agir, en ce cas? C'est ce que nous verrons à l'instant. Si un tuteur a été nommé, pourra-t-il demander la nullité du mariage? On décide généralement que non, parce que, dit-on, le pouvoir de ce tuteur ne survit pas à la célébration du mariage (1). Ce motif nous paraît contraire au texte bien précis de l'article 182, combiné avec l'article 159. L'enfant naturel ne peut se marier sans avoir obtenu le consentement du tuteur qui lui a été nommé; donc le consentement de ce tuteur était *requis;* dès lors il doit, en principe, avoir le droit de demander la nullité. Dire que son pouvoir ne survit pas à la célébration, c'est une subtilité qui est en opposition avec le texte de la loi. Celui qui a pouvoir de consentir a par cela même pouvoir d'agir en nullité, quand son consentement n'a pas été demandé; donc son pouvoir subsiste jusqu'à ce que la question de nullité ait été vidée.

Mais il y a une autre objection plus sérieuse qui s'adresse au tuteur et à l'enfant naturel lui-même. Il n'y a pas de nullité sans texte; il faut que la loi prononce la nullité, et il faut que la loi détermine les personnes qui peuvent la demander. Or, l'article 182 parle seulement du mariage contracté sans le consentement des *père et mère,* des *ascendants* ou du *conseil de famille;* il ne dit rien du mariage contracté sans le consentement du tuteur *ad hoc*. Le silence de la loi décide la question. Vainement Marcadé objecte-t-il que, dans la théorie du code, le défaut de consentement entraîne nullité. Cela est vrai, mais dans les limites du texte qui établit ce principe; or, ce texte est précisément l'article 182, et cette disposition ne mentionne pas le tuteur *ad hoc*. On prétend que l'article 182 prévoit le cas du mariage contracté sans le consentement du tuteur *ad hoc,* par ces mots le *conseil de famille,* le tuteur n'étant que le délégué du *conseil de famille*. Cette interprétation est inadmissible. L'article 159 ne dit pas que

(1) Demolombe, t. III, p. 448, n° 278. Marcadé, t. Ier, p. 483, article 182, n° 3.

l'enfant naturel doit avoir le consentement du *conseil de famille* pour se marier, et il ne pouvait pas l'exiger, puisque l'enfant naturel n'a pas de famille. La loi ne dit pas même par qui ce tuteur sera nommé; on peut soutenir, c'est notre opinion, que la nomination doit se faire par le tribunal. Toujours est-il que le tuteur *ad hoc* n'est pas le délégué du conseil de famille; ce n'est pas le conseil de famille qui consent par l'organe du tuteur; dès lors le texte de l'article 182 devient inapplicable, et il n'y en a pas d'autre. Il faut donc dire que le mariage de l'enfant naturel ne peut être attaqué par personne. C'est l'opinion de Zachariæ, et elle est incontestable dès que l'on admet les principes posés par la cour de cassation en matière de nullité de mariage. L'opinion contraire est généralement enseignée. Mais ceux qui la professent sont inconséquents. Demante seul est logique; il fonde la nullité sur la forme prohibitive de l'article 159. Nous avons rejeté ce principe avec la cour de cassation; la question doit donc être décidée par l'article 182, et, placée sur ce terrain, elle n'est pas douteuse (1).

Nous avouons volontiers que notre opinion est peu juridique au point de vue de la théorie. L'enfant naturel mineur est incapable; donc le mariage qu'il contracte devrait être nul, s'il n'a pas obtenu le consentement que la loi exige pour couvrir son incapacité. Est-ce par oubli que le législateur n'a pas parlé de l'enfant naturel dans l'article 182? Ce ne serait pas la seule fois que le législateur aurait oublié les malheureux enfants que, dans un intérêt social, la loi punit pour la faute de leurs parents. Toujours est-il que, dans l'espèce, la doctrine à laquelle cet oubli conduit n'est pas aussi absurde qu'elle en a l'air. Qu'est-ce après tout que l'appui que l'enfant trouve dans un étranger nommé tuteur? Dans la réalité des choses, n'est-ce pas une simple formalité? Et fallait-il, pour l'inobservation d'une formalité indifférente, permettre l'annulation du mariage? Il est vrai que, dans notre opinion, l'ar-

(1) Les auteurs sont cités dans Dalloz, au mot *Mariage*, nos 488-489. Il faut ajouter Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 355, no 260 *bis*, III.

ticle 159 manque entièrement de sanction. L'article 156 n'est pas applicable, car il ne mentionne pas le consentement du tuteur *ad hoc*. De là cette conséquence absurde, que l'officier de l'état civil sera passible d'une amende, en vertu de l'article 157, quand l'enfant s'est marié sans faire d'actes respectueux à ses père et mère, tandis qu'il n'est passible d'aucune peine s'il procède à la célébration du mariage de l'enfant naturel, sans que le consentement du tuteur ait été donné. Nous voudrions également une sanction, mais le défaut de sanction est-il aussi absurde qu'on le dit? L'acte respectueux s'adresse aux père et mère, il y a là un devoir moral à remplir; tandis que c'est un étranger qui, dans l'article 159, est appelé à consentir; il y a là une formalité, mais pas de devoir fondé sur les liens du sang.

461. La nullité résultant du défaut de consentement des ascendants ou de la famille peut être couverte. D'abord l'action ne peut plus être intentée, ni par les époux, ni par les parents dont le consentement était nécessaire, quand le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était requis. Pourquoi la nullité est-elle couverte par la confirmation des ascendants ou de la famille? Parce qu'elle est considérée comme étant d'intérêt privé. C'est l'application des principes généraux qui régissent la matière des nullités. La confirmation peut être expresse ou tacite. Cela encore est en harmonie avec les principes sur la manifestation de la volonté. La loi ne définit pas la confirmation tacite; ce point est donc abandonné à l'appréciation du juge. Dans l'ancien droit, il a été jugé que le père qui est parrain d'un enfant né du mariage nul, est censé confirmer le mariage (1). Et sous l'empire du code, la cour de Trèves a porté la même décision dans le cas où le père avait assisté à l'acte de naissance (2). Il y a encore confirmation, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de la part de ceux dont le consentement était nécessaire; ce délai court à partir du mo-

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 446.
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 492.

ment où ils ont eu connaissance du mariage (art. 183). Deux conditions sont prescrites pour que l'action de l'ascendant ne soit plus recevable : il faut qu'il ait eu connaissance du mariage postérieurement à la célébration qui en a été faite sans son consentement : il faut ensuite que depuis qu'il en a eu connaissance, il ait gardé le silence pendant un an. Il ne suffit donc pas, pour repousser l'action de l'ascendant, de lui opposer qu'il a gardé le silence pendant un an, et même pendant des années ; il faut établir qu'il a eu connaissance du mariage au moins pendant un an avant sa célébration. Dans la fameuse affaire Summaripa, la cour de Paris avait déclaré le père non recevable à attaquer le mariage que sa fille avait contracté VINGT-TROIS ans auparavant, à une grande distance du pays où il se trouvait alors ; elle se fondait sur ce qu'on ne pouvait pas supposer que Summaripa eût ignoré pendant vingt-trois ans le mariage de sa fille, contracté publiquement. Cet arrêt a été cassé, parce qu'il ne prononçait pas d'une manière expresse que le père eût connu le mariage de sa fille plus d'un an avant qu'il intentât sa demande (1).

462. Quand le mariage a été confirmé par les parents dont le consentement était requis, les époux ne peuvent plus intenter l'action en nullité. Cette disposition de l'article 183 paraît d'abord contraire au principe qui régit la renonciation ; chacun peut bien renoncer à un droit qui est établi en sa faveur, mais sa renonciation ne peut pas enlever aux tiers le droit qu'ils ont de se prévaloir de la nullité de l'acte. Aussi l'article 1338 dit-il que la confirmation ne préjudicie pas au droit des tiers. Pourquoi donc la confirmation des parents enlève-t-elle à l'enfant le droit d'agir en nullité? C'est une conséquence juridique du principe qui exige le consentement. Si l'enfant peut demander la nullité, c'est que les parents qui devaient consentir n'ont pas donné leur consentement. Or, la confirmation équivaut au consentement; donc, dès que les parents con-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI, § 2, article 182, 1re question. Comparez les arrêts rapportés dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 494.

firment, le vice qui rendait le mariage nul est effacé; le mariage, étant pleinement valable, ne peut plus être attaqué par personne. L'enfant ne peut se prévaloir de l'article 1338, car il n'a pas de droit à lui, il le puise dans le défaut de consentement des ascendants ou de la famille. Dès que les parents consentent, son droit tombe.

463. Le conseil de famille peut aussi confirmer le mariage qui a été célébré sans son consentement. En droit, il n'y a pas de doute, puisque l'article 183 comprend le conseil de famille dans le terme général de *parents*, et dans cette expression : *ceux dont le consentement était nécessaire*. Mais l'application donne lieu à des difficultés. D'abord on conçoit difficilement que le conseil de famille, qui est un corps moral, confirme tacitement; en effet, la renonciation individuelle des collatéraux ne serait pas une confirmation; ce n'est pas tel ou tel collatéral qui doit confirmer, c'est le conseil. Il faudra donc une délibération, prise dans la forme ordinaire. On conçoit plus difficilement encore que le conseil confirme par cela seul qu'une année s'est écoulée sans réclamation de sa part depuis qu'il a eu connaissance du mariage. Comment un corps moral acquiert-il connaissance d'un fait? Duranton dit que les parents sont présumés avoir cette connaissance au jour où s'est accomplie la majorité (1). Cela est tout à fait inadmissible. Y a-t-il une présomption sans loi? Nous croyons qu'il faut s'en tenir au texte de la loi et décider que le conseil, comme tel, doit avoir acquis connaissance du mariage. Cela peut arriver, si l'époux mineur demande l'autorisation du conseil pour les actes juridiques qu'il est dans le cas de passer.

464. L'époux qui avait besoin du consentement peut aussi confirmer le mariage. Aux termes de l'article 183, il n'est plus recevable lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage. Qu'entend-on par âge *compétent?* Il faut vraiment y mettre du bon vouloir, pour trouver là matière à controverse. Rien de plus clair que le texte de l'article 183 : l'époux a l'âge

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 254, n° 303.

compétent pour consentir par lui-même au mariage quand il a vingt et un ans, si c'est la femme, et vingt-cinq ans, si c'est l'homme. Voilà ce qu'un enfant répondrait à notre question. C'est vraiment rendre mauvais service à la science du droit que d'élever des controverses sur des points qui sont plus clairs que la lumière du jour. Mais de ce qu'il a plu à Toullier de contester ce qui est incontestable, nous ne nous croyons pas tenus de le combattre. Merlin a pris cette peine, et ce qu'il dit est sans réplique (1). Remarquons seulement que, dans une question aussi évidente, Duranton fait plier le droit devant les faits, en disant que si un individu âgé de vingt-quatre ans confirmait son mariage, il serait probablement reçu avec défaveur dans sa demande en nullité, parce que les tribunaux ont une grande latitude pour accueillir les fins de non-recevoir (2). N'est-ce pas provoquer, pour ainsi dire, les juges à se mettre au-dessus de la loi? Non, ils n'ont pas une grande latitude, car la loi définit les cas où il y a confirmation, et il n'appartient pas à l'interprète de s'écarter de cette définition.

465. Peut-il y avoir une autre confirmation tacite que celle qui est définie qar l'article 183? Cette question est au moins controversable. Toullier croit qu'il faut appliquer au mariage le principe général posé par l'article 1338, d'après lequel il y a confirmation lorsque l'obligation est exécutée volontairement après l'époque à laquelle elle pouvait être valablement confirmée (3). Ainsi il y aurait un créancier et un débiteur en fait de mariage! Quelle conception! Non, la cohabitation volontaire des époux n'emporte pas par elle-même confirmation. Il suffit de lire le chapitre des nullités pour se convaincre que la loi suit des principes spéciaux en cette matière. L'article 181 admet la cohabitation, mais il faut qu'elle ait été continuée pendant six mois ; et ce n'est pas comme exécution volontaire du contrat que la loi admet la cohabitation, sans cela il

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI, § 2, article 183, 2e question.
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 263, n° 310.
(3) Toullier, *Le Droit civil français*, t. Ier, p. 516, n° 616.

eût suffi d'une cohabitation d'un jour; elle l'admet comme marquant l'intention de renoncer à l'action en nullité. Il faut donc s'en tenir aux textes. Or, l'article 183, après avoir dit que les parents peuvent confirmer le mariage expressément ou tacitement, ne répète pas cette disposition quand il s'agit de l'époux; la loi définit le cas dans lequel il y a confirmation tacite de sa part, et par cela seul qu'elle le définit, elle le limite. Tout ce que l'on peut concéder, c'est que la confirmation expresse est de droit, comme étant l'application d'un principe général sur la manifestation du consentement.

Notons encore que Duranton, après avoir établi que la loi n'admet qu'un cas de confirmation tacite, ajoute, comme d'habitude, cette réserve, que dans l'insuffisance de la loi sur ces points, les décisions des tribunaux, quoique rendues en droit, ne seraient probablement l'objet d'aucune censure de la part de la cour suprême (1). Quoi! une cour déciderait que la confirmation tacite est admise en matière de mariage, conformément à l'article 1338, et la cour de cassation maintiendrait cette décision, tout en trouvant que la loi est interprétée à faux! M. Demolombe se contente de dire qu'il ne serait pas surpris qu'en *fait*, si les *circonstances* étaient favorables, la cohabitation fût considérée comme une confirmation; mais il croit que l'article 183 ne permet pas de l'admettre (2). Si la loi ne le permet pas, pourquoi supposer que les tribunaux le fassent? N'est-ce pas supposer que les tribunaux violent la loi, les *faits* et les *circonstances* aidant? Est-ce le fait qui domine le droit? ou est-ce le droit qui domine le fait?

466. La confirmation de l'époux éteint-elle l'action des parents? Non, le texte dit que la confirmation des parents éteint l'action de l'époux, ce qui est très-juridique. Mais il n'y a aucune raison pour décider que la renonciation de l'époux à un droit qui lui est accordé, prive les parents du droit qui leur appartient. Le droit des parents ne dépend pas de celui des enfants; leur autorité a été méprisée, il

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 267, n° 312.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 470, n° 288

faut qu'ils puissent la faire respecter; ils doivent donc avoir le droit d'agir en nullité. Il y a cependant un motif de douter. L'époux confirme quand il a atteint l'âge où il peut consentir par lui-même au mariage. Or, sa confirmation ne vaut-elle pas consentement? et puisque son consentement suffit alors pour valider le mariage, peut-on permettre aux parents de le faire annuler? A peine annulé, le mariage pourrait être célébré malgré les parents! Ne serait-ce pas se jouer des nullités? Sans doute le législateur aurait pu prendre ces raisons en considération, et décider que l'action des ascendants serait éteinte par la majorité de l'enfant. Mais la question est de savoir si le législateur l'a fait. M. Demolombe le dit (1). Qu'on veuille bien nous montrer le texte qui déclare l'action des parents éteinte par la majorité des enfants! Si les enfants ont leur droit, les parents ont le leur. Il faudrait une décision formelle pour subordonner le droit des parents à celui des enfants. Des raisons ne suffisent pas. La loi ouvre l'action; à elle seule il appartient de l'éteindre.

SECTION III. — Des nullités absolues.

§ Ier. *De l'impuberté.*

467. L'impuberté est une cause de nullité absolue (art. 184), parce que c'est pour des motifs d'ordre public et d'intérêt social que la loi exige un certain âge pour se marier. Toutefois cette cause de nullité n'est pas aussi grave que l'inceste et la bigamie; l'impuberté cesse nécessairement, elle peut même ne plus exister de fait, quoique la loi la présume, tandis que l'infamie et le crime subsistent toujours. De là résulte que la nullité résultant de l'impuberté a des caractères spéciaux qui en font une nullité à part, absolue en un sens, relative en un autre sens.

Le mariage peut être attaqué, dit l'article 184, par les *époux eux-mêmes*, donc sans distinction par l'époux impubère et par l'époux pubère, alors même que celui-ci aurait

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 472, n° 291.

connu l'âge de son conjoint. Duranton dit que la question peut être sérieusement controversée quant à l'époux impubère. Lui-même donne cependant des motifs péremptoires pour l'affirmative, qui est, du reste, l'opinion générale. L'article 183, qui ouvre l'action, dit : les *époux eux-mêmes*. Y a-t-il une disposition qui fasse exception à ce texte général? Non; eh bien, dès lors la question est décidée. L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. La loi veut ouvrir l'action à tous les intéressés, parce que la nullité est d'intérêt public, et le législateur a pensé que plus il y aurait de chances d'annulation, moins les futurs époux seraient disposés à se mettre au-dessus de la loi. Il est vrai que l'article 186 déclare non recevables les parents qui ont consenti au mariage, et les époux aussi ont consenti. Mais quelle différence entre des parents qui ont l'expérience de l'âge et les époux dont l'un est encore un enfant, et qui tous deux ont pour excuse l'entraînement de la passion! L'impubère peut encore invoquer le principe qui permet à l'incapable de se prévaloir de son incapacité; la loi le permet même dans les nullités relatives (art. 182); à plus forte raison devait-elle le permettre quand il s'agit d'une nullité absolue. Voilà plus de raisons qu'il n'en faut pour mettre hors de toute controverse un point qui est décidé par le texte même de la loi (1).

468. Ces conséquences tiennent au caractère absolu de la nullité d'impuberté; en voici qui découlent du caractère relatif de cette nullité. Elle peut se couvrir dans deux cas, tandis que les nullités absolues ne se couvrent jamais, pas même par la prescription. Le mariage ne peut plus être attaqué pour cause d'impuberté, dit l'article 185, lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux qui n'avait pas l'âge *requis* a atteint l'âge compétent. Portalis nous dira les raisons de cette disposition spéciale : « Le défaut d'âge est réparable. Il serait donc absurde qu'il servît de prétexte pour attaquer un mariage, lorsqu'il s'est déjà écoulé un délai de six mois, après que les époux auraient atteint l'âge compétent. Alors la nullité n'existe

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 272 et suiv., nos 315 et 316.

plus : l'effet ne doit pas survivre à sa cause. » On peut même s'étonner que la loi permette d'attaquer le mariage dans ce délai de six mois. Portalis répond à l'objection, que la loi doit donner un délai utile pour exercer l'action.

Que faut-il entendre, dans l'article 185, par les mots *âge compétent?* Cette question est si simple, dit Merlin, et la solution en est si facile, qu'il y a lieu de s'étonner qu'elle ait fait la matière d'un procès. L'article 185 appelle encore l'*âge compétent*, l'âge *requis ;* et quel est l'âge *requis*, alors qu'il s'agit de puberté? On est honteux de poser la question, puisqu'il suffit de lire l'article 144 pour y trouver la réponse. Cependant la question a été portée jusque devant la cour de cassation. La cour suprême donna une leçon à ces plaideurs téméraires, en décidant que l'âge compétent dont parle l'article 185 est *évidemment* l'âge fixé par l'article 144 (1).

On demande encore s'il faut que pendant six mois la femme ait cohabité avec son mari, si c'est elle qui n'avait pas l'âge compétent. La réponse se trouve dans le code; il n'exige pas cette condition; et l'interprète peut-il établir des conditions que la loi ne prescrit point (2)? Ajoutons qu'il n'y avait aucune raison d'exiger la cohabitation. Ceci est le point important de la question. Quand la loi veut la cohabitation, c'est comme une marque de l'intention que les époux ont de confirmer leur mariage (art. 181). S'agit-il, dans l'article 185, de confirmer le mariage? Du tout, la confirmation ne se conçoit même pas, puisque la nullité est absolue, c'est-à-dire d'intérêt public; l'époux peut ne pas intenter l'action qui lui appartient, mais il ne peut pas renoncer à une action qui est établie, non dans son intérêt, mais dans l'intérêt de la société. Pourquoi donc l'époux qui garde le silence pendant six mois est-il non recevable? C'est une question de prescription, comme le dit Portalis; quand la loi accorde une action, il faut bien qu'elle détermine un délai dans lequel l'action doit être intentée.

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI, § 2, article 185, 1re question.

(2) C'est l'opinion générale, Proudhon seul est d'un avis contraire (Dalloz cite les auteurs, au mot *Mariage*, n° 533).



469. On demande si l'époux qui a atteint l'âge compétent peut confirmer le mariage, soit expressément, soit tacitement. Dans notre opinion, la question ne peut pas même être posée. Confirmer, c'est renoncer à un droit accordé par la loi. La renonciation se conçoit quand il s'agit d'un intérêt privé; elle est impossible quand il s'agit d'un droit d'intérêt général, Or, la nullité fondée sur l'impuberté étant absolue, est par cela même d'intérêt général, ce qui décide la question. Les auteurs distinguent entre la confirmation tacite et la confirmation expresse; ils sont presque unanimes à repousser la confirmation tacite, parce qu'ils considèrent le silence de l'époux pendant le délai de six mois comme une confirmation tacite; ce qui, en matière de nullité de mariage, impliquerait l'intention de ne pas admettre d'autre confirmation tacite (1). C'est, à notre avis, une mauvaise raison, car le délai de six mois n'est pas une confirmation, mais une prescription. Sur la confirmation expresse, il y a controverse. Si l'on admettait, en cette matière, le principe de la confirmation, il faudrait décider que la confirmation expresse est valable comme étant de droit commun. Mais nous nions le principe. On objecte que l'époux arrivé à l'âge compétent peut contracter un mariage valable; on en conclut que l'approbation qu'il donne au mariage qu'il a contracté, alors qu'il était impubère, équivaut au consentement qu'il donnerait à un nouveau mariage. Cela serait très-juste si la nullité était relative, c'est-à-dire d'intérêt privé. Mais quand l'intérêt social est en cause, il n'est plus vrai de dire que la confirmation efface le vice. Vainement dira-t-on que le vice n'existe plus, que l'impubère étant devenu pubère, le mariage doit être valable, s'il est confirmé; Portalis n'a-t-il pas dit que l'effet ne peut survivre à la cause? Notre réponse est écrite dans la loi; elle n'admet pas le principe, formulé par Portalis, d'une manière absolue; dès que l'époux est devenu pubère, la cause de la nullité cesse et néanmoins l'action en nullité n'est pas éteinte; pour qu'elle le soit, il faut que tous les intéressés gardent le silence pendant six mois.

(1) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 369, nº 268 *bis*, I.

Après tout, la confirmation donnée par l'époux serait inutile, en supposant même qu'elle pût se faire. Elle est inutile quant à l'époux; s'il ne veut pas attaquer le mariage, il n'a qu'à garder le silence pendant six mois. Elle est surtout inutile à l'égard des autres parties intéressées. Il est impossible d'admettre, avec M. Demolombe, que la confirmation expresse de l'époux éteindrait l'action du ministère public et des autres intéressés. Lui-même hésite. « Je serais bien tenté de dire, même alors, dit-il, que l'effet ne doit pas survivre à sa cause (1). » Ce motif de douter est à l'adresse du législateur; quant à l'interprète, il est en face d'une nullité absolue, d'intérêt social; conçoit-on que le ministère public, qui a six mois pour agir, soit déclaré non recevable parce que l'époux a confirmé le mariage? Cela est contraire aux principes, et cela est aussi contraire au texte de l'article 185. La loi ouvre une action à tous ceux qui y ont intérêt, ainsi qu'au ministère public (art. 184); elle donne à tous six mois pour agir; dès lors son action ne peut pas être entravée par l'époux. Le législateur seul, qui donne l'action, peut l'éteindre (2).

470. La nullité est encore couverte « lorsque la femme qui n'avait pas l'âge compétent a conçu avant l'échéance de six mois (art. 185). » Portalis dit que la loi ne doit pas aspirer au droit d'être plus sage que la nature; la fiction doit céder à la réalité. Que faut-il entendre par ces mots de l'article 185 : *avant l'échéance de six mois?* Portalis dit que ce sont les six mois donnés pour exercer l'action en nullité (3), c'est-à-dire les six mois dont il est parlé dans le n° 1 de l'article 185. Il eût été plus correct de dire : *des* six mois. Mais il n'y a aucun doute sur le sens de la loi.

Si la femme avait l'*âge requis*, si elle était pubère, tandis que le mari est impubère, la grossesse de la femme ne produirait pas de fin de non-recevoir contre le mari. Le texte est formel, et la raison de la différence que la loi met entre le mari impubère et la femme impubère, est

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 507, n° 318.
(2) Notre opinion est celle de Vazeille, *Traité du mariage*, t. Ier, p. 383, n° 247, et de Zachariæ, édition Vergé et Massé, t. Ier, p. 204, note 20.
(3) Exposé des motifs, n° 46 (Locré, t. II, p. 393).

sensible. Quand la femme conçoit avant l'expiration du délai de six mois, il est certain qu'elle est pubère, la grossesse étant un fait qui peut se prouver avec le même degré de certitude que les faits en général. Il n'en est pas de même de la puberté du mari. De ce que sa femme conçoit, on ne peut pas conclure que lui soit pubère; la paternité est toujours incertaine, et elle l'est surtout quand le mari n'a pas atteint l'âge de puberté légale.

471. Aux termes de l'article 186, le père, la mère, les ascendants et la famille qui ont consenti au mariage contracté par un impubère, ne sont point recevables à en demander la nullité. Pourquoi la loi les déclare-t-elle non recevables? Est-ce parce que leur consentement est considéré comme une confirmation? Non, c'est une espèce de peine. « Il ne faut pas, dit Portalis, qu'ils puissent se jouer de la foi du mariage après s'être joués des lois. » On a dit qu'il résulte de cette disposition, que l'action en nullité des parents appelés à consentir au mariage est un droit illusoire. En effet, s'ils ont donné leur consentement, ils ne peuvent plus agir. Ne l'ont-ils pas donné, ils ont l'action en nullité pour défaut de consentement; dès lors à quoi bon l'action en nullité pour défaut d'âge? M. Valette répond avec raison que cette dernière action leur sera utile, si la première est prescrite, et elle se prescrit par un an depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage (art. 182 et 183). Elle le sera encore, même dans le cas où les ascendants auraient consenti au mariage; s'ils meurent, l'action pourra être exercée par les ascendants qui n'auront pas donné leur consentement (1), car la nullité étant d'ordre public, elle appartient à tous les ascendants; tous ont un intérêt moral à ce que leurs descendants ne vivent pas dans une union que la loi réprouve dans l'intérêt de la société.

Que faut-il dire si les ascendants qui ne sont pas appelés à consentir au mariage, l'ont néanmoins approuvé? Cette approbation les rendra-t-elle non recevables? Il est évident

(1) Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 488, note.

qu'on ne peut pas leur opposer l'article 186; ils n'ont pas *consenti* au mariage de l'impubère; on ne peut pas dire d'eux qu'ils se sont joués de la loi, puisque la loi ne leur donnait aucune mission. On ne pourrait donc les déclarer non recevables que si l'on considérait leur approbation comme une confirmation. Mais la nullité étant d'intérêt général, il n'y a pas lieu à effacer le vice par une confirmation quelconque. L'approbation que les parents donneraient au mariage serait donc inopérante (1).

§ II. *De la bigamie.*

472. C'est la plus grave de toutes les causes de nullité, puisqu'elle constitue un crime. Mais ce caractère de l'action en nullité fondée sur la bigamie donne lieu à une difficulté. Le crime se prescrit; aux termes de l'article 637 du code d'instruction criminelle, l'action publique et l'*action civile* résultant d'un crime se prescrivent après dix années révolues, à compter du jour où le crime a été commis. Faut-il conclure de là qu'après dix ans l'action en nullité ne peut plus être intentée? Au premier abord, on serait tenté de le croire. L'action ne naît-elle pas du crime? n'est-ce donc pas une action civile dans le sens de la disposition que nous venons de citer? Merlin répond parfaitement à l'objection. Non, la demande en nullité du mariage n'est pas une action civile, dans le sens du code d'instruction criminelle. L'action civile tend à réparer le dommage résultant d'un délit; c'est une action en dommages-intérêts, fondée sur l'article 1382, lequel oblige tous ceux qui causent un dommage par leur fait à le réparer. Est-ce que la demande en nullité de mariage, quand il y a bigamie, est une action en dommages-intérêts? Non, certes. Ce n'est pas un intérêt d'argent qui est en cause, c'est un intérêt social. Vainement dit-on que la société est désintéressée quand le crime est prescrit, puisque l'action publique est éteinte. On répond, et la réponse est péremp-

(1) Demolombe, t. III, p. 513, n° 322. Voyez, en sens contraire, Vazeille, *du Mariage*, t. Ier, n° 244, p. 378.



toire, que la demande en nullité ne se fonde pas sur le code pénal; elle découle de l'article 147, qui porte que l'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Qu'importe donc que le bigame ne puisse plus être puni? Il n'en est pas moins vrai qu'il est engagé dans les liens de deux mariages, ce qui donne ouverture à la demande en nullité (1). La jurisprudence est conforme à cette doctrine (2). A vrai dire, il n'y a pas même de question.

473. Le demandeur qui agit en nullité doit prouver l'existence du premier mariage, car c'est là le fondement de sa demande. Il y a un arrêt contraire de la cour de Paris. Une action en divorce était intentée pour cause d'adultère par le mari contre sa femme. Celle-ci opposa la nullité de son mariage, fondée sur ce que son mari était engagé dans les liens d'un premier mariage quand il en avait contracté un second. Le mari avoua sa première union, mais soutint qu'elle était irrégulière et qu'elle avait été dissoute. La cour de Paris admit la nullité du second mariage, sans que l'existence du premier eût été légalement constatée (3). Merlin a raison de s'élever contre cette décision; elle favoriserait le divorce par consentement mutuel et par fraude à la loi. Cela prouve que les tribunaux ont tort de s'écarter de la rigueur des principes.

De son côté, le défendeur peut opposer la nullité du premier mariage; dans ce cas, dit l'article 189, la validité ou la nullité du premier mariage doit être jugée préalablement. C'est une question préjudicielle. Il est très-vrai que, malgré la nullité du premier mariage, le second a été contracté illégalement; car le mariage, bien que nul, produit ses effets tant qu'il n'a pas été annulé. Mais si, malgré cet empêchement, le mariage a été célébré, la loi le maintient si la nullité du premier est démontrée. L'époux est coupable, mais l'intérêt de la société l'emporte sur sa faute; il faut éviter les annulations inutiles, et dans l'es-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI, § 2, article 184, 5e question.
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 524.
(3) Arrêt du 2 décembre 1816 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 545).

pèce l'annulation serait dérisoire, puisque les époux pourraient contracter un second mariage après avoir fait annuler le premier. Mieux vaut maintenir leur union.

§ III. *De l'inceste.*

474. L'inceste n'est pas un crime, mais c'est une action honteuse; il importe que le mariage incestueux soit annulé, afin d'assurer la pureté des mœurs dans le sein des familles. Toutefois, il y a des empêchements dérivant de la parenté ou de l'alliance qui peuvent être levés par des dispenses. Sous ce rapport, l'inceste est un vice moins grave que la bigamie. Faut-il en conclure que la dispense qui serait accordée postérieurement au mariage empêcherait l'action en nullité? Dans l'ancien droit, l'on admettait cette fin de non-recevoir, et en théorie on pourrait la soutenir. Le projet de code allait plus loin, il refusait l'action en nullité dans les cas où il y avait lieu à dispense. Cette disposition fut rejetée, et avec raison. Le législateur doit se montrer sévère, parce que la sévérité est le seul frein contre les liaisons immorales et honteuses que le relâchement de la loi favoriserait nécessairement. C'est donc en vain que l'on dirait que, la dispense levant l'empêchement, il faut appliquer la maxime que, la cause cessant, l'effet doit cesser. La cause ne cesse pas, en ce sens que l'intérêt des bonnes mœurs exige une sanction sévère, et il n'y en a pas d'autre que l'annulation. On objecte que la prohibition qui n'est établie que sauf dispense est conditionnelle, que la dispense étant accordée, la condition rétroagit (1). Défions-nous des conditions que l'on imagine pour le besoin de la cause. L'empêchement est fondé sur un intérêt moral, le plus grand de tous les intérêts sociaux : qui oserait dire que cet intérêt disparaît quand il y a dispense? Demante avoue que ce serait une doctrine dangereuse; il faut dire plus, elle est aussi illogique qu'immorale.

(1) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 368, n° 267 *bis*, I. Comparez Demolombe, t. III, p. 523, n° 334.



§ IV. *De la clandestinité.*

N° 1. DU DÉFAUT DE PUBLICITÉ.

475. L'article 165 dit que le mariage sera célébré publiquement. Quand les formalités prescrites par la loi pour assurer la publicité du mariage n'ont pas été remplies, il y a vice de clandestinité. Il ne faut pas confondre le mariage clandestin avec le mariage secret. Dans l'ancien droit, le mariage que l'on affectait de tenir secret jusqu'à la mort de l'un des conjoints était privé des effets civils. La déclaration de 1639 parle de ces mariages avec un grand mépris : ils ressentent plutôt la honte d'un concubinage, dit le législateur, que la dignité d'une union légitime (1). Portalis nous explique les motifs de la défaveur qui frappait des mariages que l'on supposait néanmoins légalement contractés : on voulait prévenir les alliances inégales qui blessaient l'orgueil des grands noms ou qui ne pouvaient se concilier avec l'ambition d'une grande fortune. L'orateur du gouvernement dit que ces considérations n'auront plus d'influence dans les mœurs nouvelles (2). Il arrive parfois que les époux cherchent à tenir leur mariage caché, ce qui est très-compatible avec la publicité qui entoure la célébration du mariage; un mariage contracté à l'étranger peut être public, et cependant être ignoré là où les époux vont s'établir. Il est évident que ce mariage produira tous ses effets civils; notre législation ne connaît plus de mariages secrets, en ce sens qu'aucune peine n'est attachée au secret dont les époux auraient trouvé bon de couvrir leur union. Un arrêt de la cour d'Agen décide qu'un mariage valablement contracté, bien que constamment tenu secret par les époux et resté ignoré des tiers, produit tous ses effets entre les époux; mais l'arrêt ajoute que le mariage ne peut être opposé aux tiers qui ont pu et dû l'ignorer (3). Cela est vrai, avec une

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 426.
(2) Exposé des motifs, n° 38 (Locré, t. II, p. 389).
(3) Arrêt du 18 novembre 1822 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 385, 2°).

restriction. On suppose que le mariage a été célébré publiquement; dès lors il peut être opposé aux tiers; mais si les époux ont détruit les effets de la publicité, en faisant croire par toutes leurs manières d'agir qu'ils ne sont pas mariés, alors il y a lieu d'appliquer le principe général de l'article 1382. Les époux ont trompé les tiers; si par là ils leur ont causé un préjudice, ils doivent le réparer (1).

476. La clandestinité est une cause de nullité absolue. Portalis nous en dit les raisons : « La plus grave des nullités est celle qui dérive de ce qu'un mariage n'a pas été célébré publiquement et en présence de l'officier civil compétent. Cette nullité donne action aux pères et aux mères, aux époux, au ministère public et à tous ceux qui y ont intérêt. Elle ne peut être couverte par la possession, ni par aucun acte exprès ou tacite de la volonté des parties; elle est indéfinie et absolue. » Portalis n'exagère-t-il pas la gravité du vice qui résulte de la clandestinité? Il est certain que la jurisprudence s'est écartée de sa doctrine, à ce point que la nullité que lui déclare indéfinie et absolue, est considérée aujourd'hui comme relative et pouvant se couvrir. La jurisprudence s'est peut-être écartée de l'esprit de la loi, mais de son côté Portalis a tort de représenter la clandestinité comme la plus grave de toutes les nullités. Il est possible qu'un mariage soit célébré sans publicité, et qu'il réunisse cependant toutes les conditions requises pour sa validité. Ne serait-ce pas un excès de sévérité de l'annuler? Après tout, la publicité a surtout pour objet de garantir l'accomplissement de toutes les conditions que la loi prescrit; c'est un moyen; or, le moyen doit être subordonné au but et non le but au moyen.

477. « Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, dit l'article 191, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public. » La nullité est donc absolue, mais elle a un caractère particulier qui la distingue des

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 478, n° 297.

autres nullités absolues, et même des nullités relatives. Quand la loi déclare un mariage nul, la nullité en peut être demandée, et dès qu'elle est demandée, elle doit être prononcée par le juge; rien n'est laissé à son pouvoir d'appréciation. Il n'en est pas de même de la clandestinité. Cela résulte à l'évidence de l'article 193. Il prononce des amendes contre l'officier de l'état civil, contre les parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, pour toute contravention aux règles prescrites par l'article 165; puis il ajoute : « lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage. » Et que dit l'article 165 : « Le mariage sera célébré *publiquement*. » Il ne dit pas en quoi consistent les formalités qui constituent la publicité; la loi les établit dans d'autres articles : ce sont les publications, la célébration du mariage par l'officier civil à la maison commune, l'admission du public à cette solennité, la présence de quatre témoins. Toutes ces formalités doivent être remplies, la loi les prescrit en termes impératifs et parfois irritants. Est-ce à dire que la nullité doive être prononcée dès que l'une de ces formalités n'a pas été remplie? Non, ici intervient le pouvoir discrétionnaire que l'article 193 accorde au juge en cette matière; c'est à lui à apprécier, comme le dit le texte, si la clandestinité est assez grave pour annuler le mariage; il peut donc maintenir le mariage s'il trouve que, malgré l'inaccomplissement de l'une ou de l'autre formalité, la contravention n'est pas suffisante pour faire prononcer la nullité. Quelle est la raison de cette différence entre le vice de clandestinité et les autres vices qui annulent le mariage? La publicité est un fait complexe qui se compose de divers éléments; l'un de ces éléments peut faire défaut, et néanmoins il se peut que le mariage ait eu toute la publicité possible. Il y a donc des faits à apprécier. Dès lors, le juge a nécessairement un pouvoir discrétionnaire en cette matière. Les autres vices, au contraire, ne donnent lieu à aucune appréciation : le consentement existe ou il n'existe pas, l'erreur ou la violence sont établies ou elles ne le sont pas, il y a inceste et bigamie ou il n'y en a pas. Il n'y a pas là

de plus ou de moins, tandis qu'il peut y avoir une publicité ou une clandestinité plus ou moins grande. Le principe ne peut être contesté, puisqu'il est écrit dans la loi. Nous allons l'appliquer aux divers faits qui constituent la publicité.

478. Le mariage peut-il être annulé pour le défaut des publications prescrites par la loi? Si l'on s'en tenait au texte de l'article 64 et au discours de Portalis, on serait tenté de décider qu'il y a nullité. L'article 64 dit que le mariage *ne pourra être célébré avant* le troisième jour depuis et non compris celui de la seconde publication. L'article 65 est tout aussi impératif et irritant. Ecoutons maintenant l'Exposé des motifs : « On place encore parmi les mariages clandestins ceux qui n'ont pas été précédés des publications requises... La nullité de ces mariages clandestins est évidente. » Il est cependant bien certain que le défaut de publications n'entraîne pas la nullité du mariage. Il y a plus, c'est à peine si le défaut de publications peut être pris en considération par le juge. Légalement, il ne pourrait pas déclarer le mariage nul, en décidant qu'il est clandestin parce qu'il n'a pas été précédé de publications. Une pareille décision serait cassée par la cour de cassation. En effet, que dit l'article 191? Il permet d'attaquer le mariage qui n'a point été *contracté* publiquement. Le mot *contracté* indique qu'il s'agit du moment où le mariage est célébré, car c'est alors que le *contrat* se forme par le concours de consentement des parties. L'article 193 est conçu dans le même sens. Il cite l'article 165, et cette dernière disposition prescrit la *célébration publique* du mariage. Donc il n'y a nullité, du chef de clandestinité, que si le mariage n'a pas été *célébré* publiquement. Or, les publications sont étrangères à la célébration du mariage; légalement, elles ne font pas partie des éléments qui constituent la célébration publique; d'où suit que le défaut de publication n'est pas un vice de clandestinité. Tout au plus peut-on dire que le juge, ayant un pouvoir discrétionnaire en matière de clandestinité, pourra tenir compte du défaut de publications pour décider que le mariage est nul, à défaut de publicité. La jurisprudence et la doctrine

sont d'accord (1). Proudhon seul est d'un avis contraire. Les termes impératifs, irritants même des articles 64 et 65 n'ont aucune importance en cette matière, puisque d'après les principes consacrés par la cour de cassation, il n'y a point de nullité sans texte qui la prononce; les termes de la loi, quelque positifs ou irritants qu'ils soient, ne suffisent donc pas pour entraîner la nullité.

479. Le mariage n'a pas été célébré à la maison commune. Ici il y a défaut d'un des éléments qui constituent la publicité légale du mariage. Mais le seul fait que le mariage a été célébré au domicile des parties suffirait-il pour en entraîner la nullité? D'après le principe posé par l'article 193, il est évident que c'est un point de fait que le juge décidera d'après les circonstances de la cause; ce n'est pas une question de droit. Des mariages célébrés au domicile des futurs époux ont été maintenus, parce qu'il y avait un motif légitime, la maladie, pour faire exception à la règle; d'autres mariages ainsi célébrés ont été annulés, sans doute parce qu'il y avait dessein de les cacher. Nous ne rapportons pas ces décisions parce qu'elles sont rendues en fait et n'apprennent rien sur le droit (2).

Le mariage n'a pas été célébré en présence de quatre témoins, ou les témoins ne réunissaient pas les conditions prescrites par la loi. Est-ce une cause de nullité? La décision dépend des faits et des circonstances. Il y a eu des mariages maintenus, bien qu'il n'y eût que deux ou trois témoins. Un mariage a été annulé, au contraire, parce qu'il avait été célébré en présence de trois femmes (3).

480. Le vice de clandestinité peut-il être couvert? En principe, il faut décider avec Portalis que la nullité étant absolue, il est impossible de l'effacer par une confirmation quelconque. C'est l'application des principes généraux qui régissent les nullités d'intérêt public. Mais les tribunaux ne pourraient-ils pas tenir compte de la possession d'état

(1) Voyez les arrêts et les auteurs cités par Dalloz, au mot *Mariage*, n° 553.

(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n°s 556, 447. Il faut ajouter un arrêt d'Agen, du 28 janvier 1857 (Dalloz, *Recueil*, 1857, 2, 100), qui annule le mariage célébré dans la demeure de l'un des époux.

(3) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 553.

des époux dont le mariage n'a pas été célébré publiquement? Marcadé décide la question affirmativement, et il y a un arrêt en ce sens (1). Au point de vue légal, cela est plus que douteux. C'est au moment où le contrat se forme que la publicité doit exister; s'il n'a pas été célébré publiquement, il est par cela même clandestin, et s'il est clandestin, il peut être annulé. Nous disons qu'il peut l'être; en droit, il faudrait dire qu'il doit être annulé dès qu'il est constant en fait qu'il est clandestin. Mais comme les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la clandestinité, ils pourront prendre en considération la publicité qui a suivi le mariage, et le maintenir, bien qu'il ait été contracté clandestinement. La décision, rendue en fait, serait inattaquable. Si le tribunal décidait en droit que le mariage, quoique clandestin, est valable, à raison de la possession publique qui l'a suivi, cette décision serait contraire à la loi. Il faudrait un texte pour permettre au juge de déclarer qu'une nullité est couverte par la possession d'état. Or, non-seulement il n'y a pas de texte, mais il y a une déclaration toute contraire de Portalis, et cette déclaration a pour elle la rigueur des principes.

N° 2. DE L'INCOMPÉTENCE DE L'OFFICIER CIVIL.

481. L'incompétence de l'officier civil se confond-elle avec la clandestinité, ou est-ce un vice distinct et séparé? On a dit que les deux vices n'en forment qu'un seul, en ce sens que la compétence de l'officier public n'est qu'un élément de la publicité. Quel est son rôle dans le mariage? dit Marcadé. Il est *témoin;* ce n'est pas lui qui réalise le mariage, il en est le spectateur passif; c'est le consentement des parties qui fait l'essence du mariage; l'officier public ne fait que prononcer, au nom de la société, qu'il existe. Cette doctrine a du vrai, mais elle est trop absolue. Non, l'officier de l'état civil n'est pas un simple témoin, un spectateur, car sa présence est nécessaire pour l'exis-

(1) Marcadé, t. Ier, p. 499, article 191, n° 3. Arrêt d'Aix du 14 mai 1857 (Dalloz, *Recueil*, 1857, 2, 148).

tence même du mariage : il n'y a pas de mariage quand il n'y a pas d'officier de l'état civil, comme il n'y a pas de mariage sans consentement. Vainement les parties consentiraient-elles, vainement leur consentement serait-il authentiquement constaté ; s'il n'y a pas d'officier de l'état civil, ou si l'officier ne prononce pas que les époux sont unis par le mariage, il n'y aura pas de mariage.

De ce que l'officier civil est simple témoin du mariage, Marcadé conclut que l'incompétence de l'officier public n'est autre chose que l'absence de publicité voulue par la loi (1). Cela aussi est trop absolu. Il en résulterait, en effet, que le mariage ne pourrait pas être annulé, quand même l'officier public serait incompétent; en d'autres termes, qu'en cas d'incompétence, le juge ne devrait annuler le mariage qu'en constatant en fait qu'il y a défaut de publicité. Cette théorie est contredite par le texte du code; l'article 165 ne se contente pas de dire que le mariage sera célébré publiquement, il ajoute : « devant l'officier civil du domicile de l'une des parties. » Il y a donc deux conditions distinctes, la publicité et la présence de l'officier public. Aussi l'article 191 dit-il que l'on peut attaquer tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent. Il y a donc deux causes de nullité, le défaut de publicité et l'incompétence. Si les deux nullités n'en faisaient qu'une, pourquoi la loi mentionnerait-elle séparément l'incompétence? Si la compétence n'était que l'un des éléments de la publicité, pourquoi la loi mentionnerait-elle cet élément plutôt que les autres?

Le texte nous révèle la vraie théorie du code. La présence de l'officier public est d'abord requise comme condition de l'existence du mariage, indépendamment de toute publicité. Ensuite il faut que l'officier public prononce, au nom de la loi, que les parties sont unies par le mariage. Ceci est encore indépendant de la publicité. Le consentement des parties serait donné avec toute la publicité possible, qu'il n'y aurait pas de mariage si l'officier public ne

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 494 et suiv., article 191, n° 1.

le prononçait point. Toutefois il y a quelque chose de vrai dans la doctrine que nous combattons. Demante en a déjà fait la remarque : « La présence de l'officier public compétent, dit-il, sans parler des garanties qu'elle offre en elle-même pour la parfaite observation des conditions du mariage, est aussi un des principaux éléments de publicité (1). » C'est pour cette raison que le code veut que le mariage soit célébré devant l'officier civil de l'une des parties. En ce sens, la compétence se lie à la publicité; le mariage aura, en effet, plus de publicité s'il est célébré par l'officier public du domicile des parties, que s'il était célébré par tout autre officier public. C'est à raison du lien qui existe entre la publicité et la compétence, que la loi unit les deux causes de nullité dans une même disposition, et dans l'article 165 et dans l'article 191, ce qui n'empêche pas que les deux causes soient distinctes et que la nullité puisse être prononcée, soit pour défaut de publicité, soit pour incompétence.

482. Il y a, en général, deux espèces d'incompétence, l'incompétence à raison de la personne des parties contractantes, et l'incompétence à raison du lieu où l'acte se passe. Il est certain que l'officier de l'état civil est incompétent lorsqu'il procède à l'union de deux personnes dont aucune n'a son domicile, relativement au mariage, dans la commune où il exerce ses fonctions. Mais est-il aussi incompétent lorsqu'il célèbre un mariage hors de cette commune, quoiqu'il soit l'officier de l'une des parties? Merlin nie l'incompétence territoriale. L'officier civil, dit-il, n'exerce ni juridiction contentieuse ni juridiction volontaire; dès lors on ne peut pas lui appliquer le principe que la juridiction est renfermée dans un certain territoire. Ce principe, d'ailleurs, ne serait pas d'application à la juridiction volontaire, et c'est la seule que l'on pourrait revendiquer pour l'officier civil. Il est vrai que les notaires et les huissiers ne peuvent faire des actes de leur ministère que dans les limites d'un certain ressort, mais c'est parce que des lois spéciales l'ont décidé ainsi. Pour l'officier de l'état

(1) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 376, n° 273 *bis*, I.

civil, nous n'avons pas de loi; nous restons donc sous l'empire du principe déjà suivi par les jurisconsultes romains, que la juridiction volontaire n'est pas attachée à un territoire limité. Il suit de là que l'officier civil, compétent quant à la personne des futurs époux, peut valablement célébrer leur mariage hors de la commune où il exerce ses fonctions (1).

C'est une question de texte. Est-il vrai que l'article 191, en parlant de l'officier public *incompétent*, n'entende parler que de l'incompétence personnelle? On peut dire que l'article 191 se rapporte à l'article 165, comme le dit expressément l'article 193. Or, que dit l'article 165? Que le mariage sera célébré devant l'*officier civil de l'une des parties*. Cette disposition ne prévoit donc que la compétence personnelle, et il n'y a pas d'autre article qui déclare le mariage nul pour incompétence territoriale, ce qui semble décider la question. Nous croyons que l'article 165 prévoit les deux cas de compétence; en effet, il ne fait que reproduire en d'autres termes la disposition de l'article 74. Et l'article 74 dit que le mariage sera célébré *dans la commune* où l'un des époux aura son domicile. Cette expression équivaut à celle de l'article 165 : « devant l'officier civil du domicile de l'une des deux parties. » Donc il résulte de la combinaison des deux dispositions, que l'article 165 exige la compétence personnelle et la compétence territoriale, et par suite le mariage peut être attaqué, en vertu de l'article 191, lorsque l'officier public, bien que compétent quant aux personnes, est incompétent quant au territoire.

483. La question a peu d'importance pratique. Quand même l'on admettrait qu'il y a nullité à raison de l'incompétence territoriale, en vertu de l'article 191, il faudrait appliquer à l'incompétence territoriale, aussi bien qu'à l'incompétence personnelle, le principe établi par l'article 193. Nous avons dit que l'article 193 fait de la clandestinité une nullité facultative, en ce sens qu'il l'aban-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section IV, § 1, article 1er, 3e question.

donne à l'appréciation du juge. Doit-on admettre le même principe pour l'incompétence? Au premier abord, la question paraît absurde. Il y a des degrés dans la publicité et dans la clandestinité; un mariage peut être plus ou moins public, plus ou moins clandestin. Mais peut-on dire d'un officier public qu'il est plus ou moins incompétent? Il n'y a pas là de nuances, il n'y a pas de question de fait, il y a une question de droit : l'officier civil est compétent ou il ne l'est pas. S'il ne l'est pas, il y a vice, cause de nullité, et rien, dans ce cas, ne peut être abandonné au pouvoir discrétionnaire du magistrat. Cependant il est certain que l'article 193 donne au juge le même pouvoir pour l'incompétence que pour le défaut de publicité. En effet, il parle de contraventions *aux règles* prescrites par l'article 165; or, cet article établit deux règles : la célébration publique et la présence de l'officier civil du domicile de l'une des parties. Mais comment expliquer le pouvoir discrétionnaire des tribunaux dans une matière qui paraît exclure toute appréciation des faits? Le juge peut-il décider que l'officier civil est compétent, alors que réellement il est incompétent? C'est ici le cas de rappeler la remarque de Demante et la théorie de Marcadé. En tant que la compétence se lie à la publicité, on conçoit que le juge ait un pouvoir d'appréciation. Si un officier civil célèbre hors de sa commune le mariage de deux personnes qui sont domiciliées dans cette commune, il y a incompétence territoriale, et par suite une cause de nullité. Mais supposons que la célébration ait eu lieu à la maison de campagne de l'une des parties, dans un lieu où elle est parfaitement connue, où la publicité a été entière, le juge maintiendra le mariage. Si, au contraire, il y avait dans le fait de la célébration hors de la commune une intention de clandestinité, il pourrait l'annuler. Dans le cas d'incompétence personnelle, il y a une raison de plus pour donner au juge un pouvoir d'appréciation. La doctrine est toujours divisée sur la question de savoir si le mariage peut être célébré au domicile de droit ou s'il doit l'être au domicile de fait. Annulera-t-on un mariage s'il a été célébré au domicile de droit? Non, certes. Mais si les parties n'avaient aucun

domicile là où le mariage a été célébré, le juge pourrait prononcer la nullité (1).

Que faudrait-il décider s'il y avait tout ensemble incompétence personnelle et incompétence territoriale? Merlin dit que dans ce cas il y aurait nullité absolue; l'officier civil ne serait plus qu'un simple particulier, et partant sans qualité aucune pour célébrer le mariage (2). Cette décision nous étonne. Merlin enseigne que l'incompétence territoriale n'est pas une cause de nullité; il n'y a donc, en réalité, qu'une seule incompétence à raison des personnes; or, cette cause de nullité est abandonnée à l'appréciation du juge par l'article 193. Alors même qu'il y aurait un double vice à raison de l'incompétence personnelle et territoriale de l'officier public, il faudrait encore admettre, en droit, le pouvoir discrétionnaire du juge, car l'article 193 ne distingue pas.

§ V. *Y a-t-il d'autres causes de nullité?*

484. Si l'on admet le principe posé par la cour de cassation, la question ne peut pas même être posée. Il n'y a pas d'autres nullités que celles qui sont établies dans le chapitre IV de notre titre, donc il ne saurait y avoir de nullité virtuelle résultant des termes prohibitifs ou irritants de la loi; l'empêchement sera simplement prohibitif, mais non dirimant.

Il y a un de ces empêchements au titre du Mariage. La femme, dit l'article 228, *ne peut* contracter un nouveau mariage *qu'après dix mois* révolus depuis la dissolution du mariage précédent. Si le mariage avait été célébré malgré cette prohibition, pourrait-il être annulé? La négative est admise par tout le monde, même par ceux qui repoussent le principe de la cour de cassation (3). Il est donc inutile d'insister (4).

(1) C'est l'opinion commune, et elle est consacrée par la jurisprudence (Dalloz, au mot *Mariage*, n°s 561 et 562.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI, § 2, article 191, 2e question.

(3) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 360, n° 260 *bis*, IV. Valette sur Proudhon, t. Ier, p. 405.

(4) La jurisprudence est en ce sens (Dalloz, au mot *Mariage*, n°s 969 et 967)

Au titre du Divorce, la loi établit plusieurs empêchements. Nous les avons fait connaître (n° 366). Sont-ils prohibitifs ou dirimants? L'opinion commune est qu'ils ne sont que prohibitifs. D'après le principe de la cour de cassation, cela ne fait pas même de doute. Il y a des auteurs qui admettent la nullité, notamment dans le cas de l'article 298. La loi met une énergie singulière à prohiber le mariage, quand le divorce est prononcé pour cause d'adultère : elle dit que « l'époux coupable ne pourra *jamais* se marier avec son complice. » Certes, comme sanction de cette prohibition si irritante, le législateur aurait dû prononcer la nullité. Nous regrettons qu'il ne l'ait pas fait, car la conscience se soulève contre le scandale d'un mariage aussi immoral. Mais l'interprète peut-il combler la lacune? Nous ne le croyons pas, car il devrait faire la loi; il devrait décider si la nullité est absolue ou relative ; il devrait décider par qui elle peut être demandée, si elle peut se couvrir, dans quel délai l'action doit être intentée. Le législateur ayant gardé le silence sur tous ces points, il nous paraît impossible d'admettre l'action en nullité. Vainement dit-on que l'article 298, placé au titre du Divorce, ne peut pas être régi par le chapitre IV du titre du Mariage (1). Nous avons répondu d'avance à l'objection. Si le législateur avait voulu admettre des nullités non prévues par le chapitre IV, il aurait dû les organiser, comme il l'a fait pour les nullités que ce chapitre établit. Il l'aurait fait, si son intention avait été de sanctionner, par la peine de nullité, les empêchements résultant du divorce. Donc par cela seul qu'il ne l'a pas fait, il faut conclure qu'il n'y a pas de nullité (2).

Nous disons la même chose des empêchements qui découlent de l'adoption (art. 348). Il y a cependant ici une raison de douter. L'article 348, peut-on dire, ne fait qu'appliquer à la parenté adoptive les prohibitions établies par les articles 161, 162 et 163 pour la parenté

(1) Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 407, note *b*.

(2) Jugement du tribunal d'Anvers du 29 avril 1864 (Dalloz, *Recueil*, 1864, 3, 45).



naturelle; de là suit qu'il y a nullité, non pas en vertu de l'article 348, mais en vertu des articles 161 et 184. Mais on répond, et la réponse est péremptoire, que la parenté résultant de l'adoption est une parenté fictive; or, appartient-il à l'interprète d'appliquer à la fiction ce que la loi dit de la réalité? Non, car ce serait étendre des nullités; cela ne se peut pas, surtout en matière de mariage. Sans doute, il y a de l'analogie entre la parenté fictive et la parenté naturelle; il y a de graves motifs de morale qui ont engagé le législateur à établir les prohibitions de l'article 348; mais des motifs de morale ne suffisent pas pour annuler un mariage. Il y a aussi des motifs d'ordre public qui s'opposent à l'annulation des mariages. C'est au législateur à décider quels sont les motifs qui doivent l'emporter. Telle est l'opinion commune (1).

485. Le mariage contracté par procureur est-il nul? Nous avons enseigné que le mariage ne peut pas être célébré par procureur; mais s'il l'a été, pourra-t-il être annulé? L'affirmative est consacrée par un arrêt de la cour de Bastia (2). Il se fonde sur un principe incontestable, c'est que le consentement des futurs époux doit être exprimé au moment solennel où leur union est célébrée. Or, une procuration prouve bien que, lorsqu'elle a été donnée, la personne absente avait l'intention de contracter mariage, mais elle ne garantit pas que cette intention ait persisté au moment de la célébration. Ici, il y a erreur, à notre avis. La volonté manifestée par le mandat subsiste aussi longtemps que le mandant ne l'a pas révoquée; par cela seul qu'il ne la révoque pas, il y a volonté au moment où le mariage se célèbre. Tout ce que l'on peut discuter, c'est si cette volonté a été exprimée dans les formes prescrites par la loi, et si, à raison de l'inobservation de ces formes, le mariage est nul. Nous n'admettons pas la nullité parce que la loi ne la prononce pas.

Il y aurait plus que nullité, il y aurait inexistence du mariage si la procuration avait été révoquée et si le man-

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 526, n° 338.
(2) Arrêt du 2 avril 1849 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1849, 2, 80).

dataire avait donné son consentement, dans l'ignorance de cette révocation. En effet, dans ce cas, il n'y aurait pas de consentement, et sans consentement il n'y a pas de mariage. Il va sans dire que l'on ne pourrait pas, dans l'espèce, appliquer l'article 2005, d'après lequel la révocation du mandat notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation (1).

486. Marcadé a imaginé une nouvelle cause de nullité. Il suppose qu'une jeune personne, attachée à la religion catholique, accepte la main d'un jeune homme qui fait profession de la même foi. Après la célébration civile du mariage, le mari refuse de faire bénir son union par l'Eglise. La femme, dit Marcadé, pourra demander la nullité du mariage pour erreur sur la personne. Il y a, en effet, erreur sur une qualité principale de la personne, puisque la femme a cru et voulu épouser un homme ayant au moins quelques sentiments religieux, tandis que son mari pousse l'hostilité contre le catholicisme jusqu'à l'impiété. Nous citons presque textuellement les paroles de l'auteur, pour qu'on ne croie pas que nous voulons nous moquer de lui. Nous respectons les croyances que nous ne partageons pas, et nous n'approuvons certes pas la conduite du jeune homme qui déguise ses sentiments en jouant le catholique. Mais la question est une question de droit. Pour ne pas trouver la décision trop absurde, il faut se rappeler la doctrine enseignée par Marcadé sur le sens de l'article 180. Il suffit, d'après lui, qu'il y ait erreur sur la qualité pour que le mariage soit nul. Nous ne rentrerons pas dans le débat. Il nous semble que l'application que Marcadé fait de son principe n'est pas de nature à le recommander. Il y aurait erreur sur la personne si, au lieu d'un catholique, on épousait un libre penseur! Décidément cela n'est pas sérieux.

La question s'est présentée devant la cour de Montpellier. Un mariage célébré en 1815 n'avait pas été suivi de la solennité religieuse; la femme refusa de cohabiter avec

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 307, note 23, § 467.



son mari. En 1846, elle demanda une pension alimentaire. Le mari répondit qu'il était prêt à recevoir sa femme chez lui, que dès lors il n'y avait pas lieu de lui payer une pension. Cela supposait la validité du mariage. La cour accueillit cette défense et décida que le refus du mari de célébrer le mariage religieux serait *peut-être tout au plus* une injure grave, qui pourrait autoriser une demande en séparation de corps. La cour rejeta donc implicitement la singulière théorie de Marcadé (1).

La même question a été agitée devant la cour de Lyon; elle a décidé en termes formels que la circonstance que les époux n'auraient pas reçu la bénédiction nuptiale ne peut autoriser l'annulation d'un mariage régulièrement contracté (2).

§ VI. *De l'action en nullité.*

487. Qui peut intenter l'action en nullité quand elle est absolue? « Tout mariage, répond l'article 184, contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public. » L'article 191 reproduit le même principe pour le cas de clandestinité : « Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public. »

488. La loi place en première ligne les époux, sans distinguer l'époux qui est en faute de celui qui est innocent et de bonne foi. Nous en avons dit la raison. La société est intéressée à ce que les mariages contractés au mépris de l'ordre public soient annulés. Dès lors, on ne peut plus objecter au demandeur la maxime que personne

(1) Arrêt du 4 mai 1847 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1847, 2, 83).
(2) Arrêt du 10 mars 1853 (Dalloz, 1853, 2, 211).

n'a d'action en vertu de son dol, ou que personne ne peut alléguer sa turpitude pour y fonder un droit. Pothier répond à l'objection que ces maximes supposent que le demandeur a un intérêt particulier ; tandis que l'action en nullité du mariage, quand elle est absolue, a pour objet moins l'intérêt de celui qui l'intente que l'honnêteté publique ; l'intérêt de la société ne permet pas de laisser subsister un mariage qui blesse cette honnêteté. Par suite, la demande doit être reçue, malgré la faute du demandeur (1). Les époux, même celui qui est coupable, ont du reste un intérêt moral à ne pas rester dans les liens d'une union qui est honteuse, criminelle, ou du moins contraire à l'intérêt général.

Par application de ce principe, il faut décider que l'époux impubère a l'action en nullité, ainsi que son conjoint, alors même que celui-ci connaissait l'âge de son conjoint (n° 467) ; de même l'époux bigame et son conjoint, complice ou non, ainsi que l'époux incestueux et son conjoint, que celui-ci soit ou non de bonne foi. Pour l'époux bigame qui a commis un crime, il y avait quelque doute ; le projet lui refusait l'action en nullité ; mais cette proposition fut repoussée : « Il faut, a-t-on dit, que le bigame puisse réparer le délit qu'il a commis (2).

489. Les ascendants ont l'action en nullité résultant du défaut de publicité ou de l'incompétence de l'officier public (art. 191). Ils l'ont aussi dans les autres cas de nullité absolue, bien que l'article 184 ne les mentionne pas expressément. La loi les comprend dans cette expression générale : « tous ceux qui y ont intérêt. » Cela résulte à l'évidence de l'article 186. Cette disposition concerne un des cas prévus par l'article 184, l'impuberté, et elle décide que le père, la mère et les ascendants qui ont consenti au mariage de l'impubère, ne sont pas recevables à en demander la nullité. Ce qui suppose que les ascendants ont l'action, en règle générale, la loi ne la leur refusant que par exception, quand ils ont eux-mêmes violé ses

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 443.
(2) Séance du conseil d'État du 4 vendémiaire an x, n° 43 (Locré, t. II, p. 332).

prohibitions (1). Mais comme les ascendants n'ont l'action en nullité, dans les cas prévus par l'article 191, que parce qu'ils y ont intérêt, on demande si cet intérêt doit être un intérêt pécuniaire, né et actuel, ou si l'intérêt moral suffit. La question est controversée, mais il n'y a vraiment pas lieu à controverse; l'article 187 la décide implicitement en faveur des ascendants; il porte : « Dans tous les cas où, conformément à l'article 184, l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui y ont intérêt, elle ne peut l'être par les parents collatéraux ou par les enfants nés d'un autre mariage, du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel. » C'est de nouveau une exception qui suppose une règle contraire, en ce qui concerne les ascendants et la famille; leur intérêt ne doit donc pas être un intérêt pécuniaire. En effet, ce n'est pas dans un intérêt d'argent que la loi leur donne action; ils agissent pour sauvegarder l'honneur de la famille tout ensemble et l'intérêt de la société. C'est aussi en ce sens qu'est conçu l'article 191 : quand le mariage est clandestin, il peut être attaqué par les ascendants et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel. L'opposition entre les ascendants et les autres intéressés est ici évidente; les ascendants peuvent agir, alors même qu'ils n'y ont pas un intérêt né et actuel, donc en vertu d'un intérêt moral, et par suite ils peuvent intenter l'action du vivant des époux. Dans l'esprit de la loi, il faut même dire qu'ils doivent le faire du vivant des époux, afin de rompre une union qui est une honte pour la famille et un mal pour la société. La jurisprudence est d'accord sur ce point avec la doctrine (2).

490. Les ascendants ont-ils l'action concurremment, ou doivent-ils l'exercer graduellement? Ainsi, si les père et mère gardent le silence, les aïeuls peuvent-ils agir? Il nous semble qu'ils le peuvent par cela seul que la loi ne le

(1) C'est l'opinion commune (Zachariæ, t. III, p. 253, note 15, § 461). Le dissentiment de Toullier mérite à peine d'être mentionné.

(2) C'est encore l'opinion commune, sauf le dissentiment de Toullier et de Duranton (Zachariæ, t. III, p. 253, note 18). Comparez arrêt de la cour de cassation du 15 novembre 1848 (Dalloz, *Recueil*, 1848, 1, 247).

leur défend pas. Dans les divers articles où il est question des ascendants, la loi les énumère; elle dit : « Le père, la mère, les ascendants » (art. 186, 191); elle les appelle donc indistinctement. Si elle avait voulu subordonner le droit des uns à celui des autres, elle aurait dû dire : « Le père, et à défaut du père, la mère, et à défaut des père et mère, les aïeuls, etc. » Par cela seul que la loi n'apporte aucune limite au droit des ascendants, l'interprète ne peut pas en limiter l'exercice. Il faut ajouter qu'il n'y avait pas de raison pour établir une action graduelle. C'est surtout dans un intérêt social que l'action est intentée, dès lors il faut l'ouvrir à tous les ascendants sans distinction; si le père est un homme indifférent ou négligent, il faut que l'aïeul et même la mère puissent agir (1).

L'opinion commune veut que les ascendants exercent leur droit graduellement (2). Il faudrait un texte; y en a-t-il un? On cite les articles du code qui traitent du consentement des ascendants au mariage, du droit d'opposition et même de la tutelle (art. 142, 148, 150, 172, 402); mais peut-on appliquer un seul et même principe à des matières essentiellement différentes? Quand les ascendants sont appelés à consentir au mariage ou à y former opposition, alors il s'agit d'une magistrature domestique, et l'on conçoit que les plus proches soient appelés à l'exercer avant les plus éloignés. S'agit-il de la tutelle, c'est une charge que la loi doit naturellement imposer au père avant de l'imposer à l'aïeul. Au contraire, l'action en nullité est accordée aux ascendants, dans un intérêt général : faut-il sacrifier l'intérêt général à la négligence ou à l'indifférence de l'ascendant le plus proche? Vainement objecte-t-on que c'est pour l'honneur de la famille que les ascendants agissent. Non, l'honneur de la famille est l'*intérêt* qui leur donne qualité pour agir; mais cet intérêt étant commun à tous les ascendants, tous ont un titre égal à le sauvegarder, en ce sens que tous ont qualité pour agir. Or, dès que le demandeur a un intérêt, il a le droit d'agir; on ne

(1) C'est l'opinion de Zachariæ, t. III, p. 255, note 25, § 461, suivie par Marcadé, t. Ier, p. 489.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 488, n° 303.

pourrait repousser son action que si la loi la subordonnait à une condition. En définitive, c'est une question de texte : le silence du code suffit pour la décider en faveur des ascendants.

491. Le conseil de famille peut-il intenter l'action? En un certain sens, l'affirmative n'est pas douteuse. Il est vrai que l'article 184 ne mentionne pas le conseil de famille ; mais il est compris, ainsi que les ascendants, dans cette expression générale : « tous ceux qui y ont intérêt. » Ce qui le prouve, pour le conseil de famille comme pour les ascendants, c'est l'article 186, aux termes duquel la *famille* est déclarée non recevable, de même que les ascendants, lorsqu'elle a consenti au mariage de l'impubère. La *famille* est évidemment le *conseil de famille*, puisque c'est le conseil qui est appelé à consentir au mariage de l'impubère. Il n'y a que l'article 191 qui laisse un doute ; il énumère les personnes qui ont le droit d'agir en cas de clandestinité et il ne parle pas de la famille ; il mentionne, à la vérité, ceux qui y ont *intérêt*, mais il exige que cet intérêt soit *né et actuel*. De là une sérieuse difficulté. Le conseil, n'étant pas mentionné dans l'article 191, ne peut agir qu'en invoquant le droit accordé à ceux qui y ont intérêt, et, en ce cas, il devrait prouver qu'il a un intérêt pécuniaire, puisque, dans l'article 191, l'intérêt né et actuel est nécessairement un intérêt d'argent. Or, le conseil agit-il au nom d'un intérêt d'argent? Il ne peut pas même avoir un intérêt pareil. En définitive, nous sommes sans texte. On pourrait dire que la famille, ayant le droit d'agir dans les cas d'impuberté, de bigamie et d'inceste, doit avoir le même droit en cas de clandestinité. En effet, on chercherait en vain une raison de différence. Mais l'identité de motifs n'est pas un texte. Et en matière de nullités de mariage, il faut une loi. Nous aboutissons forcément à la conclusion qu'il y a une lacune dans la loi, et nous ne croyons pas qu'il appartienne à l'interprète de la combler (1).

492. Les collatéraux sont compris dans l'expression : « ceux qui y ont intérêt » (art. 184) ; mais, aux termes

(1) Comparez Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 490, n° 304.

de l'article 187, cet intérêt doit être *né et actuel*. Ils sont aussi compris dans l'article 191, qui reproduit la même expression. Il y a donc une grande différence entre les ascendants et les collatéraux. Les premiers peuvent agir, bien qu'ils n'y aient aucun intérêt pécuniaire; tandis que les collatéraux seraient déclarés non recevables, s'ils n'avaient pas d'intérêt né et actuel. Portalis explique la raison de cette différence. « En thèse, dit-il, des collatéraux ou des héritiers avides sont écoutés peu favorablement. Ils n'ont en leur faveur ni le préjugé de la nature, ni l'autorité de la loi. L'espérance d'accroître leur fortune est le seul mobile de leur démarche. Ils n'ont aucune magistrature domestique à exercer sur des individus qui ne sont pas confiés à leur sollicitude. Ils ne doivent donc pas être admis à troubler un mariage concordant et paisible. Ils ne doivent et ils ne peuvent se montrer que lorsqu'il s'agit de savoir s'ils sont exclus d'une succession par des enfants légitimes, ou s'ils sont fondés à contester l'état de ces enfants et à prendre leur part dans cette succession. Hors de là, ils n'ont point d'action. »

Conformément à ces principes, l'article 187 décide que les collatéraux ne peuvent intenter l'action *du vivant des deux époux*, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel. Faut-il conclure de là que les collatéraux ne peuvent jamais agir en nullité *du vivant des époux?* Non, les termes de l'article 187 ne sont pas restrictifs, parce qu'il n'y a aucune raison pour qu'ils le soient. Ils prévoient le cas général; régulièrement, l'intérêt des collatéraux ne prend naissance que lorsque l'époux dont ils sont héritiers présomptifs vient à mourir, laissant des enfants, comme Portalis vient de nous l'expliquer; donc, en règle générale, les collatéraux n'ont pas d'intérêt du vivant des époux, partant ils n'ont pas d'action. Mais il peut arriver que les enfants nés du mariage nul soient appelés à une succession du vivant de leur père ou mère; dans ce cas, les collatéraux ont intérêt à les écarter, ils ont donc un intérêt né et actuel à demander la nullité du mariage, du vivant même de l'époux. Or, dès qu'ils ont intérêt, ils doivent avoir le droit d'agir. Tel serait le cas où le père renoncerait à une

succession, à laquelle son fils est appelé à son défaut. C'est l'opinion commune, et elle ne souffre aucun doute.

493. Il en est de même des enfants d'un premier lit. La loi les met sur la même ligne que les collatéraux: ils ne peuvent agir, dit l'article 187, du vivant des époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel. Mais s'ils ont un intérêt du vivant de leur père ou de leur mère, pourront-ils, en ce cas, demander la nullité du mariage? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Il n'y a qu'un seul et même texte pour les collatéraux et pour les enfants nés d'un autre mariage. Il faut donc appliquer le même principe aux uns et aux autres. On objecte que les enfants doivent à tout âge honneur et respect à leurs père et mère (art. 371); ne manqueraient-ils pas à ce devoir, dit Proudhon, s'ils intentaient contre leur père une action qui le couvrirait de honte ou d'infamie, en cas de bigamie ou d'inceste (1)? Nous répondons que l'enfant use d'un droit, et à celui qui use d'un droit, il n'y a aucun reproche à faire. La loi accorde une action aux enfants d'un autre lit; pour admettre une fin de non-recevoir, il faudrait une exception aux articles 184 et 187. Et peut-on sérieusement voir une exception dans une disposition générale comme celle de l'article 371, qui commande à l'enfant de respecter ses père et mère? Sans doute, l'action de l'enfant sera peu respectueuse. Mais l'union qu'il attaque mérite-t-elle qu'on la respecte? Qu'est-ce qui est plus légitime, l'intérêt pécuniaire des enfants ou l'union incestueuse ou bigamique du père?

494. L'expression : « ceux qui y ont intérêt, » ne comprend-elle que les collatéraux et les enfants d'un autre lit? Il nous semble que le texte décide la question, sur laquelle il y a cependant controverse. L'article 184 dit : *tous ceux* qui ont intérêt; l'article 191 reproduit la même expression. Puisque la loi est générale, pourquoi y ferait-on une exception? La raison pour laquelle la loi donne l'action, demande-t-elle qu'on la limite aux parents? Non, certes; la raison est générale comme le texte; la loi tient à ce

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 440, suivi par Demolombe, t. III, p. 495, n° 307.

que le mariage soit annulé, quand la nullité est d'ordre public; voilà pourquoi elle fait appel à tous les intérêts, à l'intérêt moral de la famille, à l'intérêt pécuniaire de ceux qui n'ont pas le droit d'agir au nom de la famille. La loi étant générale, et dans son texte et dans son esprit, il faudrait une disposition formelle pour qu'on pût la restreindre. On oppose l'article 187 qui applique le principe général de l'article 184, en expliquant ce qu'il faut entendre par « ceux qui y ont intérêt ; » or, l'article 187 ne parle que des collatéraux et des enfants nés d'un autre mariage, il restreint donc, dit-on, la disposition générale de l'article 184. La cour de Douai a jugé en ce sens : elle pose comme principe, résultant des articles 184 et 187, que la nullité ne peut être demandée que par la famille et par le ministère public; la cour écarte les tiers créanciers, bien qu'ils aient un intérêt pécuniaire, parce qu'il ne convient pas qu'au nom d'un intérêt d'argent, on porte le trouble dans les familles et qu'on lèse des droits acquis. Sur le pourvoi en cassation, la cour suprême décida que l'arrêt avait fait une juste application des principes tracés par le chapitre IV de notre titre (1). Cette décision n'a pas grand poids, car elle n'est réellement pas motivée; on n'y cite pas même les articles du code. Quant à la cour de Douai, elle affirme, mais elle ne prouve pas. De ce que l'article 187 ne parle que des collatéraux et des enfants, peut-on conclure qu'eux seuls ont qualité d'agir, au nom d'un intérêt né et actuel? Au point de vue des principes, la question n'en est pas une. Où est la différence entre l'intérêt pécuniaire d'un créancier et l'intérêt pécuniaire d'un collatéral? Si celui-ci peut agir, ce n'est pas parce qu'il est parent; en cette qualité, il n'a pas d'action; c'est uniquement parce qu'il a un intérêt né et actuel. Or, le créancier aussi a un intérêt né et actuel, il doit donc avoir le même droit.

Il y a cependant une difficulté de texte. On peut dire que si l'article 187 avait entendu accorder l'action aux

(1) Arrêt du 12 novembre 1839 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 514).



tiers créanciers, il aurait parlé en termes généraux des intéressés; s'il ne parle que des collatéraux et des enfants, c'est que, dans la pensée du législateur, l'action ne doit pas appartenir à d'autres personnes. L'argument est un de ces arguments *à contrario* tirés du silence de la loi, qui n'ont pas grande valeur quand ils sont contraires aux principes. Le silence de la loi ne prouve pas que la disposition soit restrictive; tout ce que l'on peut dire, c'est que la loi est mal rédigée. Notre conclusion est que les créanciers peuvent agir, en vertu du principe général posé par l'article 184. Leur intérêt doit être né et actuel; l'article 184 ne le dit pas, mais cela résulte des principes généraux de droit; ils n'ont d'action qu'en vertu d'un intérêt pécuniaire; or, par sa nature, l'intérêt pécuniaire est né et actuel. La loi le dit d'ailleurs des collatéraux (art. 187); à plus forte raison en est-il ainsi des tiers créanciers. Il a été jugé en ce sens que les créanciers du mari ont qualité pour attaquer le mariage de leur débiteur dans le but de faire tomber l'hypothèque légale de la femme (1).

495. Dans tous les cas de nullité absolue, l'action appartient au ministère public (art. 184 et 191). C'est une conséquence du principe que l'ordre public est intéressé à l'annulation des mariages, quand la nullité est absolue. L'article 190 règle l'exercice du droit qui appartient au ministère public; dans les cas prévus par l'article 184, il « *peut et doit* demander la nullité du mariage, du vivant des deux époux, et les faire condamner à se séparer. » Quel est le sens de cette singulière expression *peut et doit?* L'opinion commune est que, dans les cas prévus par l'article 184, le ministère public est obligé d'agir, et cela se comprend, dit-on, car il s'agit de l'impuberté, de la bigamie et de l'inceste, c'est-à-dire de causes de nullité qui intéressent essentiellement l'ordre public. On oppose cette action obligatoire du ministère public à l'action facultative qui lui appartient en cas de clandestinité. « Tout mariage,

(1) Arrêt de la cour de Metz du 7 février 1854 (Dalloz, *Recueil*, 1854, 2, 217).

dit l'article 191, qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, *peut* être attaqué par le ministère public. » On conçoit que, dans ce cas, le procureur du roi ne soit pas tenu d'agir, car la clandestinité est de sa nature un vice qui n'a rien d'absolu comme l'inceste ou la bigamie; le juge a un pouvoir discrétionnaire pour l'admettre ou la rejeter, dès lors l'officier du ministère public doit avoir la même latitude pour intenter l'action ou ne pas l'intenter (1).

Sur ce dernier point, il ne saurait y avoir un doute. Le texte et l'esprit de la loi concourent pour rendre l'action du ministère public facultative, en cas de clandestinité. Mais est-il vrai que son action soit obligatoire quand il y a vice d'impuberté, de bigamie ou d'inceste? Si elle l'était, pourquoi la loi aurait-elle dit qu'il *peut* agir? S'il le *doit*, n'est-il pas de toute évidence qu'il le *peut?* Nous croyons que cette expression de l'article 190 se rapporte aux articles 187 et 188 qui le précèdent, et non à l'article 191 qui le suit. Voici la théorie de la loi. L'article 184 commence par donner l'action à toute partie intéressée. Puis viennent des dispositions qui expliquent en quoi consiste cet intérêt et quel droit il donne : les ascendants ont un intérêt moral, et par suite ils peuvent agir du vivant des époux : tandis que les collatéraux n'ont qu'un intérêt d'argent, lequel ne leur donne le droit d'agir qu'après le décès des époux. Quant au ministère public, il *peut* agir du vivant des époux, comme les ascendants, car il agit au nom d'un intérêt moral; et il *doit* aussi agir de leur vivant, car son action a pour objet de mettre fin au scandale qui naît d'un crime ou d'une action honteuse; dès lors, elle n'a plus de raison d'être après la mort des époux. Cette interprétation, basée sur le texte des articles 187, 188 et 191, est aussi fondée en raison. Le ministère public doit avoir une certaine latitude, car il n'agit pas au criminel, il agit au civil. Son action a pour but de rompre une union scandaleuse. Or, il peut n'y avoir aucun scandale. La bigamie est certes le vice le plus grave;

(1) Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Mariage*, n° 518.

néanmoins il se peut que ce vice soit ignoré du public; le procureur du roi va-t-il demander la nullité d'un mariage que l'époux blessé dans ses affections et dans ses intérêts n'attaque pas? Ne serait-ce pas faire naître le scandale, alors que sa mission est de le faire cesser? Il y a un crime sans doute, mais il y a aussi l'intérêt des enfants, il y a l'intérêt du second conjoint. Il faut que le ministère public ait le droit de peser toutes ces considérations et d'agir d'après les circonstances (1).

Cette opinion a pour elle l'autorité de Portalis, si grande en cette matière. « Le ministère public, dit-il, *peut* s'élever d'office contre un mariage infecté de quelqu'une des nullités qui appartiennent au droit public : l'objet de ce magistrat doit être de faire cesser le scandale d'un tel mariage, et de faire prononcer la séparation des époux. Mais gardons-nous de donner à cette censure, confiée au ministère public pour l'intérêt des mœurs et de la société, une étendue qui la rendrait oppressive, et qui la ferait dégénérer en inquisition. Le ministère public ne doit se montrer que quand le vice du mariage est notoire, quand il est subsistant ou quand une longue possession n'a pas mis les époux à l'abri des recherches directes du magistrat. Il y a souvent plus de scandale dans les poursuites indiscrètes d'un délit obscur, ancien ou ignoré, qu'il n'y en a dans le délit même. »

496. Il résulte des paroles que nous venons de transcrire que le ministère public ne doit pas agir quand il n'y a point de scandale. Faut-il en conclure qu'il n'a plus le droit d'agir, lorsque l'époux, au préjudice duquel a été contracté un second mariage, décède? C'est l'opinion commune (2). Il n'y a plus de scandale, dit-on. Le mariage pourrait avoir lieu, maintenant que la mort a rompu la première union; l'époux coupable cesse de vivre dans l'adultère et dans la bigamie. Tout cela est vrai, mais cela ne prouve qu'une chose, c'est que le ministère public fera bien de s'abstenir. C'est une règle de prudence que l'inter-

(1) C'est l'opinion de Zachariæ, t. III, § 461, p. 254, note 21.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 497, n° 310.

prète lui donne, mais il n'a pas le droit de créer une fin de non-recevoir contre l'action publique. Le législateur seul a ce droit; or, la loi ne dit pas que le ministère public est non recevable quand le scandale cesse. Cela décide la question.

497. On demande si le ministère public peut se pourvoir en appel contre un jugement qui a prononcé la nullité du mariage? L'annulation a été prononcée par suite d'une collusion frauduleuse des parties. Certes, la morale et l'honnêteté publiques exigent que, dans ce cas, le mariage soit validé, afin d'empêcher un divorce par consentement mutuel sous couleur d'une action en nullité de mariage. Mais le ministère public a-t-il le droit d'agir d'office en cette matière? Il est certain que le code civil ne lui donne pas ce droit. La loi du 24 août 1790 (titre VIII, art. 2) pose comme règle générale qu'au civil le ministère public agira « non par voie d'action, mais seulement par celle de réquisition dans les procès dont les juges auront été saisis. » Une conséquence évidente de ce principe est que le ministère public n'a le droit d'agir d'office en matière civile que dans les cas où une loi formelle le lui accorde. Le code consacre-t-il une de ces exceptions? Oui, répond Merlin, mais une seule, c'est qu'aux termes des articles 184 et 191, le ministère public peut demander la nullité du mariage. Cette exception confirme la règle. Donc le ministère public ne peut pas agir pour faire valider un mariage déclaré nul (1).

Cependant deux cours d'appel ont admis l'action du ministère public, en invoquant les articles 184 et 191, ces mêmes dispositions qui condamnent la doctrine que ces arrêts consacrent. Merlin critique vivement les décisions des cours de Bruxelles et de Pau. Il convient que dans les deux procès il y avait un concert frauduleux tendant à rompre un mariage qui, en réalité, était valable. Il avoue que juger autrement, c'eût été un scandale affligeant. Mais à qui en eût été la faute? A l'imperfection de la loi, et les magistrats ne doivent jamais s'écarter de la loi, quelque

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI, § 3, n° 3.

imparfaite, quelque vicieuse même qu'elle leur paraisse. Une fois cette règle méconnue, ajoute Merlin, il n'y a plus d'ordre social, il n'y a plus que confusion et anarchie.

498. Merlin dit que le législateur, averti par les arrêts de Bruxelles et de Pau, remédia au mal et combla la lacune par la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation judiciaire. L'article 46 de cette loi commence par poser le principe que « le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. » Il faut donc une loi pour donner au ministère public le droit d'agir d'office. Le même article 46 lui accorde ce droit quand l'ordre public est en cause : « Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements ; *il poursuit d'office cette exécution, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public.* » Merlin soutient qu'en vertu de cette disposition, le ministère public peut agir en validité d'un mariage déclaré nul, toutes les fois que l'ordre public y est intéressé. Il suffit de comparer les textes des lois de 1790 et de 1810, pour se convaincre que le législateur de 1810 a voulu innover, en étendant la sphère d'action du ministère public. La loi de 1790 lui ouvrait la *voie d'action,* pour faire exécuter d'*office* les dispositions des *jugements* qui intéressent l'*ordre public.* La loi de 1810 ajoute le mot *lois;* elle étend donc à l'exécution des *lois,* en tant qu'elles intéressent l'ordre public, le droit d'agir d'office au civil, que la loi de 1790 restreignait aux *jugements*. Cette extension n'est pas limitée aux cas particuliers qui seraient déterminés par la loi; elle est générale, absolue; donc dès qu'une loi intéresse l'ordre public, le procureur impérial peut agir d'office. Or, qui est-ce qui intéresse plus l'ordre public que le maintien d'un mariage régulièrement contracté, que les époux cherchent à annuler pour se livrer à leurs passions?

Un arrêt de la cour de Grenoble déclara le ministère public recevable à demander la validité d'un mariage que le premier juge, trompé par la collusion des époux, avait déclaré nul. La cour se fonda sur la loi de 1810, mais son arrêt fut cassé. Et un second arrêt de la cour suprême jugea dans le même sens (1). Ces deux décisions firent une

(1) Voyez les arrêts dans Merlin et dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 521.

impression pénible à Merlin; il les combat avec une vivacité qu'il ne met pas d'ordinaire quand il lui arrive de critiquer la doctrine de la cour de cassation. La controverse sur le sens de la loi de 1810 s'est renouvelée, et elle est toujours pendante; nous avons déjà rencontré la question à deux reprises (nos 32 et 387). En principe, nous partageons l'avis de Merlin. Nous allons résumer les motifs sur lesquels il l'appuie. C'est, avant tout, le texte de l'article 46; l'innovation qu'il apporte à la loi de 1790 ne peut pas être contestée; elle est écrite dans la loi de 1810 et elle doit avoir un sens. Or, dans le système de la cour de cassation, elle n'en a plus. Voici ce que la cour fait dire au législateur. Le ministère public ne peut agir d'office, en matière civile, que dans les cas spécifiés par la loi; c'est la disposition formelle de l'article 46, premier alinéa. Si le second ajoute qu'il poursuit d'office l'exécution des lois, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public, il faut interpréter cette disposition dans le sens de la règle, c'est-à-dire qu'il a le droit d'agir d'office, quand l'ordre public est intéressé, mais seulement dans les cas spécifiés par la loi. Eh bien, si tel est le sens de la deuxième disposition de l'article 46, l'innovation disparaît, on efface le mot *lois* de l'article 46; il y est, en effet, parfaitement inutile, car il va sans dire que des lois particulières peuvent donner au ministère public le droit d'agir d'office en matière d'ordre public. Si le législateur de 1810 n'a voulu dire que cela, il n'a rien dit. Peut-on ainsi retrancher d'une loi un mot qui y a été mis à dessein? Peut-on rendre illusoire une innovation que le législateur a voulu faire? Non, l'interprète n'a pas ce pouvoir; il doit s'en tenir au texte, et le texte de la loi de 1810 est formel.

On objecte que le deuxième alinéa de l'article 46, ainsi interprété, annule le premier. Que dit le premier? Que le ministère public ne peut agir d'office que dans *les cas spécifiés par la loi*. Que fait-on dire au second? Que le ministère public peut agir d'office dans tous les cas où l'ordre public est intéressé, et sans que ces cas doivent être spécifiés par la loi. La contradiction n'est-elle pas flagrante? Il n'y a qu'un moyen de concilier les deux dispositions,

dit-on, c'est d'intérpréter la seconde par la première. Nous répondons que ce n'est pas concilier les deux dispositions, que c'est effacer la deuxième au profit de la première. Est-il vrai que, dans la doctrine de Merlin, la règle posée par le premier alinéa est détruite par le second? C'est demander si l'exception détruit la règle. Le deuxième alinéa consacre une exception; l'exception est très-large, il est vrai, très-vague, et par conséquent très-dangereuse. Mais enfin elle ne détruit pas la règle; il y a des cas où l'ordre public n'est pas intéressé; il faut alors une disposition formelle pour que le ministère public ait le droit d'agir. Il en est ainsi en matière d'absence : pendant la présomption d'absence, le ministère public peut agir d'office, parce qu'il y a une disposition expresse qui lui donne ce droit (art. 114). L'article 1057 lui donne le même droit, dans une matière qui certes est étrangère à l'ordre public, puisqu'il s'agit d'intérêts privés. Voilà des cas auxquels s'applique la règle de l'article 46; cette règle n'est donc pas absorbée par l'exception qui concerne l'ordre public.

La cour de Paris a consacré l'interprétation de Merlin (1). Quant à la jurisprudence de la cour de cassation, elle est indécise, comme nous l'avons déjà remarqué; elle n'est pas encore arrêtée sur le sens de la loi de 1810, bien moins sur les applications que l'on en doit faire à la matière du mariage. Ici surgit, en effet, une nouvelle difficulté. Il y a des principes spéciaux qui régissent l'action en nullité de mariage. Le code donne au ministère public le droit d'agir d'office pour demander la nullité du mariage. Il est certain qu'en vertu du code, le ministère public ne peut pas agir pour demander la validité d'un mariage annulé. La loi de 1810 a-t-elle étendu ses attributions : peut-il agir d'office dans tous les cas où l'ordre public exige son intervention en matière de mariage? Il en résulterait qu'une loi générale déroge à une loi spéciale, ce qui est contraire aux principes. Ne faut-il pas dire plutôt que si une loi spéciale a réglé l'action du ministère public dans

(1) Arrêt du 13 août 1851 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1852, 2, 113).

une matière qui intéresse l'ordre public, c'est cette loi spéciale qu'il faut appliquer et non la loi générale de 1810? C'est notre avis. Nous l'avons décidé ainsi, pour ce qui regarde le droit d'opposition (n° 387). Il y a même motif de décider dans l'espèce qui fait l'objet du débat. L'action qui naît de la nullité d'un mariage est régie par des principes spéciaux. Ces dispositions spéciales renferment-elles l'action du ministère public dans des limites trop étroites? On le peut soutenir. Mais alors il faut modifier le code civil. Ce serait bien notre avis pour l'action en validité du mariage. Merlin a raison de dire que l'ordre public, que la moralité demandent que le ministère puisse déjouer la fraude qui tend à annuler un mariage valablement célébré. Nous sommes d'accord, mais nous croyons qu'il faudrait pour cela une loi spéciale.

499. Les nullités absolues peuvent-elles se couvrir? La loi l'admet pour le vice d'impuberté, par des raisons spéciales que nous avons exposées. Elle ne dit rien des autres vices : n'est-ce pas déjà une raison pour décider que les vices de bigamie, d'inceste et de clandestinité ne se couvrent pas? Il est certain que la confirmation ne peut pas les effacer; nous en avons déjà fait la remarque (n° 434). Il est aussi admis que l'action en nullité qui naît de ces vices est imprescriptible. Ici naît cependant un doute. Tant que le vice subsiste, il ne peut pas être question de prescription. Ainsi tant que dure un mariage entaché de bigamie ou d'inceste, l'action en nullité subsiste aussi. Mais si le mariage est dissous par la mort, il n'y a plus d'intérêt public en cause. Ce qui le prouve, c'est que le ministère public ne peut plus agir. Ce sont les héritiers qui, dans ce cas, sont les seuls intéressés. Or, leur intérêt est un intérêt pécuniaire, ils peuvent y renoncer, dès lors la prescription peut courir. C'est l'opinion de Merlin (1). Il nous reste un scrupule. Les nullités absolues sont essentiellement d'ordre public; or, les conventions des parties ne peuvent pas déroger aux lois qui intéressent l'ordre

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI, § 2, article 184, 5e question.

public; nous ne comprenons donc pas la renonciation en cette matière. Si le ministère public ne peut plus agir après la mort des époux, ce n'est pas parce qu'il n'y a plus de nullité, c'est parce qu'il n'y a plus de scandale. L'action subsiste, puisque c'est alors seulement qu'elle s'ouvre au profit des collatéraux. Eh bien, tant qu'ils ont un intérêt à faire valoir, ils peuvent invoquer la nullité. Il se peut donc qu'ils n'aient plus l'action en nullité; c'est quand leur intérêt est prescrit, le droit étant éteint, ils n'ont plus de qualité pour agir. En ce sens, la prescription les empêchera de demander la nullité du mariage. Toujours est-il que ce n'est pas cette action qui est prescrite, c'est le droit qui donne la qualité pour agir en nullité. Si ce droit était conservé par des interruptions, l'action en nullité resterait ouverte, quand même plus de trente ans se seraient écoulés depuis la dissolution du mariage.

500. On demande si les nullités absolues se couvrent par la possession d'état. La jurisprudence l'admet pour le vice de clandestinité. Comme la question se présente surtout pour les mariages contractés à l'étranger, nous l'examinerons plus loin. Restent la bigamie et l'inceste. Il ne peut pas être question d'une possession d'état en matière d'inceste, puisque ce serait la possession d'état de l'infamie. Mais que faut-il décider si les époux obtiennent une dispense? Nous avons déjà répondu à la question (n° 474). La dispense même ne couvre pas le vice, dès lors il ne peut pas s'agir de possession d'état. Quant à la bigamie, on pourrait croire que la possession d'état peut commencer lorsque le premier époux du bigame vient à mourir. La cause qui viciait le mariage cesse dans ce cas; n'en faut-il pas conclure que l'effet cesse, en ce sens du moins qu'à partir de ce moment les époux pouvant se marier, leur union prend les caractères de la légitimité, et que par suite cette possession d'état couvre la nullité? Sans doute, la loi l'aurait pu décider ainsi; mais l'a-t-elle fait? Non, et dans le silence de la loi, peut-on admettre que la nullité se couvre? Non, ce serait faire la loi. En effet, il faudrait déterminer les conditions requises pour que la nullité fût couverte : il n'appartient pas à l'interprète de tracer des

conditions qui éteignent une action; le législateur seul a ce droit.

Rappelons que ces principes reçoivent une exception, en cas d'absence de l'un des époux (art. 139). Y en a-t-il une seconde résultant de l'article 196? Nous examinerons cette question en traitant de la preuve du mariage.

SECTION IV. — Effets de l'annulation.

§ Ier *Du mariage putatif.*

501. On applique au mariage annulé les principes qui régissent la nullité des actes. C'est un vieil adage que ce qui est nul ne produit aucun effet. L'article 201 consacre ce principe dans son application au mariage; en disant que le mariage annulé produit néanmoins les effets civils lorsqu'il a été contracté de bonne foi, la loi dit implicitement que si les époux sont de mauvaise foi, le mariage ne produit aucun effet comme tel. Ce prétendu mariage aura été un concubinage; les enfants ne jouiront point de la légitimité, les père et mère n'auront pas les droits qui appartiennent aux parents légitimes sur les biens de leurs enfants; les conventions matrimoniales seront nulles, ainsi que les donations, sans distinguer celles que les époux se sont faites, et celles que les tiers auraient faites aux époux. Si les époux s'étaient mariés sous le régime de la communauté, ils régleront leurs intérêts comme s'il y avait eu une communauté de fait, mais non d'après les règles qui régissent la communauté légale ou conventionnelle.

Il n'y a aucun doute sur ce point; il est donc inutile de citer les arrêts qui consacrent la doctrine admise par tout le monde. On a demandé si l'état des enfants nés du mariage annulé était constaté légalement par le mariage annulé, et s'il en résultait un lien d'affinité entre les époux. Nous avons répondu à ces questions. Les principes sur les effets de l'annulation du mariage reçoivent une exception remarquable lorsqu'il y a mariage putatif.

502. On appelle mariage putatif le mariage qui est

entaché de nullité, et dont le tribunal prononce l'annulation, mais qui a été contracté de bonne foi soit par les deux époux, soit par un époux, et qui, à raison de cette bonne foi, produit certains effets civils. Cette institution vient du droit canonique. Portalis la motive assez singulièrement : il suffit, dit-il, de l'apparence, de l'ombre d'un mariage pour que le législateur y attache des effets (1). C'est, en réalité, la faveur accordée au mariage, qui a fait regarder comme valable un mariage nul et annulé. L'intérêt de la société est satisfait par le jugement qui le déclare nul. Reste à régler le sort des époux et des enfants. Les époux méritent l'indulgence, car ils ont cru contracter une union valable; s'ils ont violé la loi, c'est sans le savoir, ils sont déjà assez punis par la rupture du lien qui les unissait : pourquoi les flétrir pour toute leur vie, en les faisant passer pour concubinaires, pour adultères, pour incestueux, alors que, dans leur pensée, ils étaient unis par un lien légitime? Les enfants surtout sont dignes de pitié; conçus et nés d'un mariage, vont-ils être des enfants naturels, adultérins, incestueux? Pourquoi leur refuser une famille, puisqu'ils sont nés dans le sein d'une famille? L'intérêt de la société même exige que la loi soit indulgente; ne vaut-il pas mieux que les enfants soient considérés comme légitimes que d'être des bâtards? C'est la famille qui est le foyer où se développe la moralité : telle est la pensée morale qui a fait admettre la fiction du mariage putatif.

502. Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait mariage putatif? Jadis les docteurs exigeaient trois conditions : bonne foi, solennité dans l'acte de célébration, erreur excusable. Il y a encore des auteurs qui reproduisent cette doctrine traditionnelle. Mais Duranton a déjà fait la remarque que notre code ne la consacre point; l'article 201 définit le mariage putatif celui qui a été contracté de bonne foi. Il n'y a donc qu'une seule condition établie par la loi, et non pas trois. Tout au plus pourrait-on dire que la solennité et l'erreur excusable sont des éléments de

(1) Portalis, Discours préliminaire (Locré, t. Ier, p. 172, n° 62).

la bonne foi. Encore cela est-il trop absolu; il se peut très-bien que le mariage ait été contracté de bonne foi, sans que l'on ait observé les solennités légales, et l'erreur est excusable par cela seul que les époux ont ignoré la cause qui faisait obstacle à leur union. Laissons donc là ces divisions qui font dégénérer la science en scolastique. Dans notre matière elles sont plus qu'inutiles, elles sont contraires au texte de la loi (1).

504. On demande quand il y a bonne foi. Il est évident que l'erreur de fait constitue la bonne foi. L'époux qui ignore que son conjoint est engagé dans les liens d'un mariage est de bonne foi; cela a été jugé, et, en vérité, il ne faut pas d'arrêt pour démontrer ce qui est clair comme la lumière du jour. Il n'en est pas de même de l'erreur de droit. La plupart des auteurs enseignent que l'erreur de droit n'assure pas au mariage annulé les effets du mariage putatif. Constatons d'abord que l'article 201 ne distingue pas; et quand la loi ne distingue pas, il n'est pas permis à l'interprète de le faire, à moins que les principes de droit ne l'y autorisent. On dit qu'il y a un principe qui repousse l'erreur de droit : c'est que nul n'est censé ignorer la loi. Les auteurs citent cette maxime comme un axiome, et sans se donner la peine de la motiver. Nous avons dit ailleurs (2) que cet adage traditionnel n'est applicable que quand la loi impose une obligation à l'exécution de laquelle la société est intéressée. Elle ne reçoit pas d'application dans les relations d'intérêt privé. Nous prouverons, au titre des Obligations, que l'erreur de droit vicie le consentement aussi bien que l'erreur de fait; à plus forte raison faut-il l'admettre comme constitutive de la bonne foi. En effet, pour que le mariage soit putatif, la loi n'exige que la bonne foi, c'est-à-dire l'ignorance dans laquelle se trouvent les parties de l'obstacle qui s'oppose à leur union légitime; qu'importe que cet obstacle soit de droit ou de fait? Les époux auraient dû consulter, dit-on, soit les lois, soit ceux qui les connaissent : leur erreur est donc inex-

(1) Duranton, t. II, p. 310, n° 348. Demolombe, t. III, p. 537, n°s 352 et s. Zachariæ, t. III, § 460, p. 244, note 4.
(2) Voyez le tome Ier de ces *Principes*, n° 278, p. 353.

cusable. Voilà à quoi sert la scolastique : à altérer le bon sens. Quoi! on va consulter un avocat avant de contracter mariage! Comment l'idée de consulter peut-elle venir à celui qui ignore l'obstacle légal? Il faut donc dire que le fait de n'avoir pas consulté atteste précisément la bonne foi. Celui qui qui consulte, doute, et le doute seul implique déjà un commencement de mauvaise foi (1). Hâtons-nous d'ajouter que la jurisprudence, plus sage que les docteurs, se prononce pour la bonne foi quand il y a une erreur de droit. Nous rapporterons quelques-unes de ces décisions; elles prouveront mieux que tous les arguments que l'erreur de droit produit la bonne foi, aussi bien que l'erreur de fait.

Une femme étrangère épouse un Français âgé de vingt-quatre ans, sans que celui-ci ait obtenu le consentement de ses père et mère. Or, dans le pays de cette femme, et c'est là que le mariage a été célébré, le consentement des ascendants n'est pas exigé après la majorité ordinaire de vingt et un ans. La cour d'Aix a décidé que la femme était de bonne foi (2). Et comment en douter? Est-ce que les femmes seraient tenues de faire un cours de droit? Seraient-elles obligées de connaître les législations étrangères? Ne doivent-elles pas s'en rapporter à leur futur mari pour tout ce qui concerne le droit? Et quand c'est le futur époux qui la trompe, comme dans l'espèce jugée par la cour d'Aix, dira-t-on que la femme trompée n'était pas de bonne foi, parce qu'elle ne connaissait pas le code civil?

Un homme contracte mariage avec sa nièce. Le ministère public demande la nullité du mariage. Question de savoir si les époux étaient de bonne foi. Le tribunal annule, mais admet la bonne foi. Sur l'appel interjeté par le ministère public, celui-ci est déclaré non recevable. La bonne foi des parties était évidente. Comme le dit très-bien le premier juge, c'est l'officier de l'état civil qui, en règle générale, doit apprendre aux parties les obstacles

(1) Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Mariage*, n° 589.
(2) Arrêt du 8 février 1821 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 591, 2°).

légaux qui s'opposent à leur union; mais dans l'espèce, l'officier public ne les connaissait pas. Le mari était un cultivateur âgé de cinquante-huit ans, homme simple et de mœurs honnêtes; la femme avait trente-sept ans et était aussi honnête que son mari; les futurs époux avaient demandé des dispenses religieuses, sans doute parce que le curé les avait exigées; ils ne songèrent pas à demander des dispenses civiles, parce qu'ils ignoraient la loi (1). Et on aurait dû annuler le mariage, parce qu'ils étaient censés connaître le code civil!

La cour de Metz a porté la même décision dans le cas du mariage d'un beau-frère avec sa belle-sœur. Nous n'entrons pas dans le détail des faits de la cause, ils pourraient donner lieu à discussion. Mais la cour a très-bien dit que l'article 201 est général et s'applique à tous les cas où il y a bonne foi, sans distinguer s'il y a erreur de droit ou erreur de fait; que l'ignorance du droit mérite autant de faveur que l'ignorance du fait; que d'ailleurs presque toujours les questions de bonne foi se résument en questions de fait, dont la loi abandonne l'appréciation aux lumières et à la conscience des magistrats (2).

Les docteurs exigent la solennité comme condition de la bonne foi; et en apparence cela paraît fondé en raison. Peut-on invoquer la bonne foi quand on ne célèbre pas le mariage devant l'officier de l'état civil? Qui donc ignore que l'on se marie à la maison commune? Les enfants le savent! Cependant la cour de Paris a jugé qu'un mariage célébré à Paris, en 1819, par un ministre protestant était contracté de bonne foi. L'acte même de célébration constatait la bonne foi du ministre et des parties contractantes. On y cite une lettre du grand-juge, ministre de la justice, du 16 mai 1810, qui porte que des étrangers qui désirent se marier en France ne sont pas tenus de se conformer aux lois françaises, qu'ils peuvent se marier suivant celles de leur pays, et que dans ce cas rien n'empêche le ministre du culte de leur donner la bénédiction nuptiale. On y

(1) Arrêt de la cour d'Aix du 5 mai 1846 (Dalloz, *Recueil*, 1846, 2, 147).
(2) Arrêt du 7 février 1854 (Dalloz, *Recueil*, 1854, 2, 218).

cite une autre lettre du garde des sceaux, en date du 13 octobre 1815, qui est conçue dans le même sens. Le mariage fut annulé, cela va sans dire, mais en même temps il fut déclaré putatif (1). Nous reviendrons sur cet arrêt; il est inattaquable en un point : la bonne foi des époux ne pouvait être contestée. S'il y a des coupables, ce sont le grand-juge et le garde des sceaux qui se sont trompés l'un et l'autre, et qui ont induit en erreur les parties contractantes. Viendra-t-on encore soutenir, après cela, que les futurs époux, bien qu'étrangers, sont censés connaître la loi, alors que deux ministres de la justice l'ignorent!

La cour de Bruxelles a décidé également qu'un mariage célébré à Tournai, le 1er avril 1799, devant le curé, était un mariage putatif. En ce qui concerne la question de bonne foi, cela est incontestable. La Belgique venait d'être conquise, le régime français y était généralement détesté; la révolution et les lois qu'elle avait portées y étaient en horreur. C'est la cour qui constate ce fait. Nous ajouterons que le clergé fomentait cette hostilité; à ses yeux, le mariage civil était une invention du diable. On conçoit que, nourris dans ces préjugés, aveuglés par le fanatisme, les futurs conjoints aient cru de très-bonne foi que le mariage à l'église était le seul légitime (2).

505. A quel moment la bonne foi doit-elle exister? La question est controversée, mais c'est une de ces controverses qui n'existeraient point si les interprètes avaient plus de respect pour le texte de la loi. Aux termes de l'article 201, le mariage est putatif quand il a été *contracté de bonne foi*. Donc, dès que la bonne foi existe lors du contrat, le mariage est putatif (3). Cela est aussi conforme aux principes; il s'agit de déterminer les effets d'un contrat; or, c'est le moment où il se forme qui décide s'il est valable ou non; c'est aussi ce moment qui doit décider si, quoique n'étant pas valable, il peut produire des effets

(1) Arrêt du 18 décembre 1837 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 590, 1°).
(2) Arrêt du 4 août 1852 (*Pasicriste*, 1852, 2, 331).
(3) C'est l'opinion commune, sauf le dissentiment de Delvincourt et de Toullier (Demolombe, t. III, p. 547, n° 360).



civils. Les époux ont voulu contracter un mariage légitime, c'est cette intention qui constitue le mariage putatif. Peu importe donc qu'après la célébration du mariage, les époux découvrent l'erreur où ils étaient; sans doute, d'après la rigueur d'une sévère morale, ils devraient se séparer dès l'instant où ils savent que leur union est illégitime; mais n'oublions pas que nous sommes dans une matière où l'indulgence est le principe de la loi; ce serait donc contrarier l'esprit de la loi que de se montrer trop sévère en l'interprétant. En tout cas, c'eût été au législateur à déterminer quand et sous quelles conditions les époux perdent le bénéfice de la bonne foi; l'interprète ne peut pas créer ces distinctions. Lorsque la loi veut que la bonne foi continue, pour qu'elle produise des effets, elle le dit. C'est ainsi que l'article 550 dit que le possesseur ne gagne plus les fruits quand il cesse d'être de bonne foi. On s'est prévalu de cette disposition contre l'opinion que nous défendons. Mais il n'y a aucune analogie entre les deux cas. Le mariage est un contrat, la possession est un fait; quand il s'agit d'apprécier un contrat, on se reporte au moment où le concours de consentement a eu lieu; quand il s'agit d'un fait, c'est au moment où il se produit qu'il doit avoir les caractères voulus par la loi. Il suit de là que la décision de l'article 550 est très-juridique; il serait, au contraire, peu juridique d'en faire l'application au mariage.

506. Qui doit prouver la bonne foi? Est-ce l'époux qui invoque sa bonne foi pour jouir des bénéfices du mariage putatif? Ou est-ce à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver? L'opinion commune est que l'époux n'a rien à prouver, que la bonne foi se présume, que partant c'est à celui qui conteste à faire la preuve de son allégation (1). Nous demanderons où il est dit que la bonne foi se présume? Une présomption peut-elle exister sans texte? On cite l'article 2268 : « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver. » Voilà un texte, il est vrai, mais il témoigne

(1) Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Mariage*, n° 593.

contre ceux qui l'allèguent. En effet, l'article 2268 établit une présomption légale en matière d'usucapion; or, qui ignore que les présomptions légales sont de la plus stricte interprétation, et qu'on ne peut jamais les étendre d'un cas à un autre, fût-ce par raison d'analogie? Et où est l'analogie entre la prescription et le mariage?

La question nous paraît très-simple. C'est au demandeur à établir le fondement de sa demande. Or, quand un mariage est annulé, il ne produit aucun effet; il n'en produit, par exception, que s'il a été contracté de bonne foi. Donc c'est à l'époux qui réclame un effet civil du mariage annulé, à prouver qu'il l'a contracté de bonne foi : tel est certes le fondement de sa demande. Pour qu'il fût dispensé de cette preuve, il faudrait un texte, et il n'y en a point; dès lors nous restons sous l'empire de la règle, elle s'applique à la bonne foi comme à toute autre condition requise pour l'exercice d'un droit. Ainsi l'article 1268 dit que la cession judiciaire est un bénéfice que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi. Certainement le débiteur devra prouver sa bonne foi, parce que c'est une des conditions prescrites pour qu'il jouisse du bénéfice qu'il invoque. Eh bien, le même principe s'applique littéralement à l'époux; le mariage putatif est aussi un bénéfice que la loi accorde à l'époux de bonne foi; donc il faut qu'il prouve sa bonne foi.

Zachariæ et après lui Marcadé distinguent; ils admettent que la bonne foi des époux se présume quand ils allèguent l'ignorance d'un fait. Il en est autrement lorsqu'ils prétendent avoir ignoré les dispositions de la loi, car personne n'est censé ignorer le droit (1). Pour le coup, l'adage romain est en opposition avec le bon sens. Quoi! vous présumez qu'un futur époux a ignoré qu'il fût l'oncle de sa nièce, ignorance de fait, et vous ne présumez pas qu'il ignore que le code civil défend le mariage entre l'oncle et la nièce, ignorance de droit! Le bon sens dit le contraire. C'est dans les classes inférieures de la société que l'on

(1) Zachariæ, t. III, § 460, p. 245 et notes. Marcadé, t. Ier, p. 512, article 202, n° 2.

trouve l'erreur de droit. Et qui le leur aurait appris? La société ne s'est pas même souciée, jusqu'au dix-neuvième siècle, de leur apprendre à lire : et la loi présumerait que ceux qui ne savent pas lire savent néanmoins le droit! Sans doute, il est quelquefois nécessaire de présumer que les citoyens connaissent la loi, alors même qu'ils en ignorent l'existence; mais n'étendons pas la présomption au delà des bornes de la nécessité. Si la bonne foi se présume pour une erreur de fait, elle doit se présumer, à plus forte raison, pour une erreur de droit.

A notre avis, la présomption n'existe pas plus dans un cas que dans l'autre. Nous insistons sur la question, parce que nous avons contre nous le nom et l'autorité de Merlin; mais il est arrivé ici au grand jurisconsulte ce qui lui arrive fréquemment, c'est qu'il se laisse dominer par la tradition : un adage romain est pour lui la vérité. Nous respectons fort la tradition, surtout quand elle s'appuie sur les jurisconsultes de Rome, nos maîtres; mais au moins faut-il que ces brocards traditionnels soient consacrés par notre code civil, et qu'ils soient en harmonie avec la raison. Puis il faut être conséquent dans une science qui s'appuie sur la logique. Il ne faut donc pas commencer, comme le fait M. Demolombe, par admettre la présomption de bonne foi en faveur de l'époux, et dire ensuite que c'est aux époux à prouver leur bonne foi. C'est ce dernier principe qui est le vrai : il faut s'y tenir (2).

§ II. *Effets du mariage putatif.*

507. L'article 201 dit que le mariage putatif produit *les effets civils*, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants. Cela est trop absolu, car la loi semble dire que, par une fiction fondée sur la bonne foi, le mariage, quoique déclaré nul, continue à produire tous ses effets, comme s'il n'était pas annulé. Telle n'est évidemment pas la pensée du législateur. Il faut donc limiter les termes trop généraux de l'article 201, en ce sens que le mariage putatif

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 545, n° 359.

produit tous les effets que produirait un mariage légal, dont la dissolution aurait lieu à partir du jugement qui en prononce l'annulation (1). Il résulte de là que le mariage annulé produit tous ses effets quant au passé. Mais en faut-il conclure qu'il ne produit aucun effet pour l'avenir? Marcadé répond qu'après le jugement d'annulation, le mariage ne produit plus aucun effet (2). Cela aussi est trop absolu. Marcadé lui-même ajoute : Bien entendu, les effets produits se maintiennent à perpétuité (3). Il faut donc voir quels sont les effets que le mariage a produits, en le considérant comme valable, ces effets subsistent quand même ils ne doivent se produire qu'après l'annulation du mariage. Mais une fois rompu, le mariage putatif ne peut plus produire de nouveaux effets.

N° 1. EFFETS DU MARIAGE PUTATIF QUANT AUX ENFANTS.

508. Le mariage annulé produit ses effets au profit des enfants, quand même il n'y aurait qu'un seul des père et mère qui fût de bonne foi (art. 202). Dans l'ancien droit, on soutenait que les enfants devaient, en ce cas, être légitimes par rapport à l'un des conjoints et illégitimes par rapport à l'autre. Les auteurs du code ont rejeté cette opinion, sur le fondement que l'état des hommes est indivisible, et qu'en cas de conflit, il faut se décider entièrement pour la légitimité (4). On a critiqué ce motif; l'état des hommes, dit-on, n'est pas nécessairement indivisible; il peut se trouver divisé par suite de jugements contradictoires. Cela est vrai, mais c'est une exception qui découle des principes sur l'autorité de la chose jugée. Ces principes ne lient pas le législateur, et Portalis a raison de dire que la loi ne peut pas consacrer cette anomalie absurde qu'un enfant soit légitime tout ensemble et illégitime.

Les enfants sont donc légitimes et jouissent de tous les droits que la loi accorde à la légitimité. Ils porteront le

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, § 460, p. 247.
(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 522, article 202, n° 3.
(3) Portalis, Discours préliminaire, n° 62 (Locré, t. Ier, p. 172).
(4) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 549, n° 362.

nom de leur père, quand même celui-ci serait de mauvaise foi. Si l'enfant naissait dans les dix mois qui suivent l'annulation du mariage, il pourrait invoquer la présomption que la loi attache au mariage. Naturellement, la présomption cesse à partir du jugement qui déclare le mariage nul. Les enfants ont droit à l'éducation, aux aliments (art. 203, 207, 205). Ils succèdent non-seulement à leurs père et mère, mais à tous les membres de la famille, car ils appartiennent à la famille comme s'ils étaient légitimes. Voilà un effet du mariage putatif qui ne se produit qu'après l'annulation du mariage; il se produit parce que les enfants sont considérés comme légitimes, et cet effet, une fois produit, subsiste toujours.

Les parents des père et mère succèdent-ils toujours aux enfants? Il y a ici un motif de douter. Les articles 201 et 202 ne parlent que des enfants et des époux; on pourrait donc dire que le mariage ne produit aucun effet à l'égard des tiers. Mais cette interprétation serait contraire à l'essence même du mariage putatif. Il représente le mariage véritable, dans les limites que nous avons déterminées; or, le mariage crée des liens entre les enfants et les parents de leurs père et mère, et ces liens sont réciproques. Concevrait-on que l'enfant fût considéré comme le neveu des frères et sœurs de son père, et que ceux-ci n'eussent pas la qualité d'oncle ou de tante à l'égard de l'enfant? Ici encore, il faut dire avec Portalis que les liens qui dérivent du sang ne se divisent pas. Donc tous les parents des époux succéderont aux enfants, alors même que l'un des époux serait de mauvaise foi; les effets de sa mauvaise foi lui sont personnels; cette mauvaise foi n'empêche pas le lien de parenté de se former entre l'enfant et les parents; ce qui décide la question (1).

509. Le mariage putatif opère-t-il légitimation? C'est une question célèbre et toujours controversée. Il y a un cas dans lequel elle ne peut pas même être agitée : si les enfants sont nés d'un commerce adultérin ou incestueux, ils ne sont pas légitimés par le mariage putatif de leurs

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 337, n° 366.

père et mère, pas plus que par leur mariage légal; l'article 331 le dit du mariage légal, et l'impossibilité est la même pour le mariage putatif. En effet, la condition de la légitimation, c'est la reconnaissance des enfants (art. 331); or, la reconnaissance ne peut avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin (art. 335). Puisque le texte décide la question, il est inutile d'entrer dans la discussion à laquelle les auteurs se livrent sur ce point : il y a assez de controverses sans que l'on en crée d'inutiles.

Si les enfants sont simplement naturels, nous croyons qu'ils seront légitimés par le mariage putatif. D'après les principes que nous venons de poser, cela ne peut pas même faire l'objet d'un doute. Le mariage putatif produit les effets d'un mariage véritable; or, le mariage légal légitime, donc le mariage putatif doit aussi légitimer. Cela est aussi fondé sur l'esprit de la loi. On ne voit pas une ombre de raison pour scinder les effets du mariage; il se peut, et le cas s'est présenté, que le mariage ait été contracté pour légitimer un enfant né avant la célébration; le mariage est annulé, mais à raison de la bonne foi des époux, il est déclaré putatif. Pourquoi ne produirait-il pas l'effet que les époux ont eu principalement en vue en se mariant? Il y a cependant une difficulté de texte. Le mariage putatif est une fiction, et toute fiction doit être strictement renfermée dans les limites tracées par la loi qui l'établit. Or, l'article 201, en disant que le mariage annulé produit les effets civils à l'égard des enfants, entend parler des enfants qui sont nés du mariage; ce qui le prouve, c'est que l'article 202, qui ne fait qu'un avec l'article précédent, dit formellement que le mariage putatif ne produit les effets civils qu'en faveur des enfants issus du mariage. Nous avons répondu d'avance à l'objection, en remarquant que les termes du code n'ont pas le sens restrictif qu'ils paraissent avoir. Si on les prenait au pied de la lettre, on aboutirait à cette conséquence absurde que les enfants succèdent aux parents de leurs père et mère, tandis que les parents ne succéderaient pas aux enfants. Il faut donc considérer les termes comme énonciatifs; le législateur

ne parle que des enfants issus du mariage, parce que tel est le cas ordinaire; on ne peut pas dire qu'il ait entendu se prononcer contre la légitimation, puisqu'il n'y a pas songé. C'est d'après les principes que la question doit se décider, et sur ce terrain il n'y a pas de doute sérieux. La fiction est que le mariage putatif est mis sur la même ligne que le mariage légal; on n'étend donc pas la fiction en légitimant les enfants, on ne fait que l'appliquer.

Pothier a une singulière objection. « La bonne foi des parties, dit-il, peut bien donner les droits d'enfants légitimes aux enfants nés du commerce qu'elles ont eu depuis le prétendu mariage, dont elles ignoraient le vice; car ce commerce était, par rapport à leur bonne foi, un commerce innocent; mais la bonne foi que les parties ont eue en contractant ce prétendu mariage ne peut donner les droits d'enfants légitimes aux enfants nés du commerce qu'elles ont eu ensemble auparavant, car ce commerce est un commerce criminel de la part des deux parties, dont le vice ne peut être purgé que par un véritable mariage (1). » Pothier tombe ici dans le défaut de ceux qui prouvent trop, et l'on sait qu'en droit ceux qui prouvent trop ne prouvent rien. Sans doute, le commerce des époux avant leur mariage est criminel, mais l'est-il moins quand le mariage est valable que lorsqu'il est putatif? Si l'immoralité est couverte par le mariage subséquent, elle doit l'être aussi par un mariage putatif, puisque le mariage putatif est l'image de l'union légitime. Telle est aussi l'opinion commune (2).

N° 2. EFFETS DU MARIAGE QUANT AUX ÉPOUX, S'ILS SONT TOUS LES DEUX DE BONNE FOI.

510. Si les deux époux sont de bonne foi, dit l'article 201, le mariage annulé produit *les effets civils* à leur égard. Ils ont donc tous les droits qui naissent d'un mariage légal, d'abord sur la personne et les biens de leurs enfants : ils exercent la puissance paternelle et l'usufruit

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 441.
(2) Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Mariage*, n° 606.

qui y est attaché. Voilà un effet qui se prolonge au delà du jugement qui prononce la nullité, et par la force des choses. Il en est de même des conventions matrimoniales des époux, des donations qu'ils se sont faites. Tous ces effets sont incontestables. Mais que faut-il dire des effets que le mariage produit entre les époux? Il est certain qu'il ne peut plus être question du devoir de fidélité, ni de la protection que le mari doit à sa femme, ni de l'obéissance que la femme doit à son mari. Mais si l'un des époux était sans fortune, ne pourrait-il pas demander une pension alimentaire de son conjoint? Le code donne ce droit au conjoint qui a obtenu le divorce (art. 301). Il nous semble que cette disposition doit recevoir son application, par analogie, au mariage putatif. Il y a, en effet, même raison de décider. L'époux sans fortune doit compter sur la subsistance que le mariage lui assure; combien d'unions sont contractées dans cette vue! Ce serait donc tromper l'attente des contractants que de les priver de cet avantage.

511. Il se présente une question plus difficile. Aux termes de l'article 767, « lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent *au conjoint non divorcé* qui lui survit. » Les époux dont le mariage est annulé conservent-ils ce droit de succession réciproque? On décide la question négativement, par la raison que le droit est attaché à la qualité d'époux; or, après l'annulation du mariage, il n'y a plus de conjoints. C'est là la raison pour laquelle l'époux divorcé ne succède pas; le motif de décider est le même pour l'époux dont le mariage est annulé (1). Ici, nous semble-t-il, la doctrine généralement admise est trop absolue. Non, le divorce et l'annulation du mariage ne sont pas régis par les mêmes principes. Le mariage dissous par le divorce ne produit plus aucun effet. Il n'en est pas de même du mariage annulé, ses effets se prolongent au delà de l'annulation. On ne peut donc pas se prévaloir de ce que l'article 767 dit du conjoint divorcé contre l'époux dont le mariage est annulé. Reste à savoir si

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 557, n° 370.

cet époux peut invoquer sa qualité de conjoint pour succéder? Il est certain qu'il n'est plus époux dans la réalité des choses; mais nous sommes dans le domaine d'une fiction. La vraie difficulté est donc celle-ci : la fiction s'étend-elle au droit héréditaire? La loi maintient le droit d'hérédité au profit des enfants, des père et mère, et même des parents; pourquoi ne maintiendrait-elle pas le droit de succession au profit du conjoint? N'est-ce pas là un des *effets civils* du mariage? Dès lors ne faut-il pas dire que cet effet est produit par le mariage putatif? La seule objection sérieuse que l'on puisse faire au conjoint, c'est que le mariage annulé ne peut plus produire de nouveaux effets à partir du jugement qui a prononcé la nullité; or, le droit de succession est un nouvel effet. Mais cet argument ne peut pas être opposé aux enfants; pourquoi donc l'opposerait-on à l'époux?

N° 3. EFFETS DU MARIAGE QUANT AUX ÉPOUX, SI UN SEUL EST DE BONNE FOI.

512. L'article 202 porte que si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux. A l'égard des enfants, les effets du mariage ne peuvent pas se diviser. La loi admet cette division quant aux époux, bien qu'elle ne soit point très-rationnelle; il en résulte cette singulière conséquence, qu'il y a une femme légitime sans qu'il y ait un mari légitime. Si la loi a admis cette anomalie, c'est qu'elle n'a pas voulu que l'époux de mauvaise foi retirât un avantage quelconque d'un mariage qu'il a contracté sciemment, au mépris de la loi et de l'honnêteté publique. L'époux de bonne foi aura donc seul la puissance paternelle et les avantages que la loi y attache. De là une nouvelle anomalie : si c'est la femme qui est de bonne foi, elle exercera la puissance paternelle, tandis que le mari en sera déchu. C'est une dérogation au droit commun (article 373) qui s'explique par la fiction du mariage putatif. L'époux de bonne foi succède seul aux enfants, l'époux de mauvaise foi ne succède pas aux enfants quoique les en-

fants lui succèdent. Nouvelle exception au droit commun d'après lequel le droit de succession est réciproque.

513. La même anomalie se présente pour les libéralités. Si les époux se sont fait des donations, le conjoint de bonne foi en profitera, tandis que l'époux de mauvaise foi sera déchu de son droit. Vainement dirait-on que les donations étant réciproques, l'une est la condition de l'autre; et l'une tombant, l'autre ne doit-elle pas tomber? L'objection altère l'essence des donations; elles se font non par calcul, mais dans un esprit de bienfaisance et d'affection. C'est en ce sens que l'article 299 prive l'époux contre lequel le divorce a été admis de tous les avantages que son conjoint lui avait faits, tandis que, d'après l'article 300, l'époux qui a obtenu le divorce conserve les libéralités qui lui ont été faites par l'autre époux, encore qu'elles aient été stipulées réciproques.

On applique le même principe aux conventions matrimoniales. Ici il y a une nouvelle anomalie. Ces conventions sont essentiellement bilatérales; néanmoins à raison de la bonne foi de l'une des parties et de la mauvaise foi de l'autre, la loi les brise. Toutefois, c'est dans l'intérêt de l'époux de bonne foi; il peut donc renoncer au bénéfice que la loi a établi en sa faveur, et demander qu'on liquide la société de biens qui a existé entre lui et son conjoint d'après le droit commun, en faisant abstraction du contrat de mariage. Si le mari de bonne foi demande le partage de la communauté d'après le droit commun, la femme de mauvaise foi pourra-t-elle renoncer? On le dit (1), mais cela nous paraît très-douteux. Le conjoint de mauvaise foi n'est pas considéré comme époux, la femme ne peut donc pas se prévaloir de sa qualité de femme commune en biens. Vainement dit-on que le droit de renoncer est une conséquence du pouvoir absolu que le mari a sous le régime de communauté; nous répondons qu'à l'égard de la femme de mauvaise foi, il n'y a pas de communauté, il n'y a qu'une simple société de fait; or, dans une société de fait, il n'est

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 248, note 19, § 460.

pas permis à l'une des parties de renoncer en laissant toutes les dettes à la charge de l'autre.

514. On demande si les donations faites à l'époux de mauvaise foi seront maintenues. En principe, il faut répondre négativement, puisque l'époux de mauvaise foi ne peut réclamer aucun effet civil du mariage. On objecte que les donations qui se font par contrat de mariage sont des pactes de famille, qui ont en vue l'intérêt du conjoint et des enfants autant que l'intérêt du donataire. Cela est vrai si le mariage est valable et s'il est maintenu; cela n'est plus vrai si le mariage est annulé : dans ce cas, il n'y a de plus pacte de famille.

L'opinion commune distingue (1). Si la donation est une institution contractuelle, et s'il y a des enfants nés du mariage, l'institution leur profitera, puisqu'ils y sont compris, au cas où le donateur ne veut ou ne peut recueillir les biens; or, il ne le peut, puisqu'il n'est plus considéré comme époux. Que s'il n'y a pas d'enfants, l'institution devient caduque. Si la donation comprend des biens présents, l'époux donataire peut-il s'en prévaloir s'il est de mauvaise foi? On le prétend, mais nous cherchons vainement un motif juridique à l'appui de cette opinion. La donation est faite au mariage, dit-on. Oui; mais, dans l'espèce, il n'y a plus de mariage. On invoque l'intérêt des enfants; mais les enfants ne sont pas donataires. Au point de vue juridique, cela décide la question.

§ III. *Du mariage non existant.*

515. On demande si les principes qui régissent le mariage putatif reçoivent leur application au mariage non existant. Il n'y a pas eu de consentement, ou le mariage n'a pas été célébré devant un officier de l'état civil. Si, sur la demande d'une partie intéressée, le tribunal déclarait qu'il n'y a jamais eu de mariage, y aurait-il néanmoins mariage putatif, si les prétendus époux étaient de bonne foi? Le cas s'est présenté plusieurs fois, pour le mariage

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 563, nos 381-382.

contracté devant un ministre du culte. Il y a des arrêts pour et contre, et les auteurs aussi sont divisés. Nous croyons que le mariage non existant ne peut jamais avoir l'effet d'un mariage putatif. Cela est de toute évidence, si l'on admet la doctrine des actes non existants. Rien de plus positif que l'article 1131 : un contrat qui n'existe pas ne peut avoir aucun effet. On objecte que la fiction qui considère le mariage annulé comme valable, quoique en réalité il soit nul, peut aussi considérer comme existant le mariage pour l'existence duquel il manque une condition (1). Sans doute, le législateur pourrait étendre la fiction jusqu'à considérer comme existant un acte qui n'existe pas; cela serait peu juridique, mais si la loi était expresse, il n'y aurait plus à raisonner. La question est donc une question de texte; les articles 201 et 202 s'appliquent-ils au mariage non existant?

Nous n'hésitons pas à répondre : non. L'article 201 parle du mariage *déclaré nul*, ce qui veut bien dire *annulé*. Or, annule-t-on un mariage non existant? Non, on déclare qu'il n'y a point de mariage : ce sont les expressions de l'article 146. Dira-t-on qu'à la rigueur le mot *nul*, dans l'article 201, peut signifier ou *annulable* ou *non existant*, la langue française n'ayant point de termes différents pour exprimer la *nullité* et la *non-existence?* Nous admettrions cette interprétation si, dans les articles qui précèdent, il était question des mariages nuls et des mariages non existants; on pourrait dire alors que l'article 201 est une disposition générale qui s'applique à tous les mariages déclarés nuls ou non existants. Mais dans tout le chapitre IV, il n'est pas dit un mot des mariages que nous appelons non existants; il n'est parlé que des mariages nuls, des cas dans lesquels le mariage est nul, et des personnes qui peuvent demander la nullité. Après cela, le code traite des effets que produit l'annulation du mariage, c'est l'objet des articles 201 et 202. N'est-ce pas une preuve mathématique que ces articles n'ont rien de commun avec les mariages non existants? Marcadé soutient le contraire (2).

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 540, n° 355.
(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 516, n° 1 de l'article 202.

mais il a contre lui non-seulement l'évidence des textes, il a encore contre lui la théorie générale du code civil. On peut soutenir, c'est notre opinion, que le code établit la distinction des actes nuls et des actes non existants, mais il est certain qu'il ne parle nulle part de l'action à laquelle peut donner lieu l'inexistence d'un acte. Au titre du Mariage, le législateur a consacré tout un chapitre aux demandes en nullité de mariage, et il ne dit pas un mot des mariages inexistants. Qu'est-ce à dire? Ces mariages restent donc sous l'empire du droit commun. Dès lors, il est impossible de leur appliquer les articles 201 et 202; car ces articles créent une fiction, et une fiction est, par son essence, exorbitante du droit commun. Cela décide la question, nous semble-t-il (1).

La jurisprudence est divisée, et, il faut l'avouer, les arrêts rendus sur cette question ont peu de valeur, soit pour, soit contre l'opinion que nous venons de défendre; ils ne discutent pas les difficultés qu'elle présente (2). Or, les questions de droit ne se décident pas à coups d'arrêts, elles se décident par des raisons. Si la jurisprudence offre si peu de lumières, c'est que la théorie des actes nuls et des actes inexistants est encore indécise et flottante. Et cela se conçoit : les auteurs mêmes du code Napoléon n'avaient pas d'idées arrêtées sur cette difficile matière. Si l'on admet la distinction, il faut aussi admettre les conséquences. Il n'y a pas de demi-principes, vrais pour une partie, faux pour une autre.

(1) Voyez, en ce sens, Zachariæ, t. III, p. 243 et suiv., § 460.

(2) Un arrêt de la cour de Bruxelles, du 23 avril 1812, décide que le mariage célébré devant le curé est non existant, et ne peut produire aucun effet (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 589, 2°). Voyez, dans le même sens, un arrêt de Bourges du 17 mars 1830 (Dalloz, *ibid.*, n° 419, 2°), et, en sens contraire, les arrêts de Bruxelles et de Paris cités plus haut, p. 638 et 639, n° 504.

FIN DU TOME DEUXIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE II. — DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

CHAPITRE Ier. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

SECTION I. — *Des officiers de l'état civil.*

§ Ier. *Des officiers de l'état civil en France.*

§ II. *Des actes de l'état civil reçus à l'étranger.*

No 1. Du droit commun.

No 2. Règles spéciales concernant les militaires.

SECTION II. — *Des registres de l'état civil.*

SECTION III. — *De la rédaction des actes.*

§ Ier. *Des formes.*

§ II. *Nullité. Sanction.*

N° 1. Nullité.

N° 2. Sanction.

§ III. *De la rectification des actes de l'état civil.*

SECTION IV. — *De la preuve résultant des actes de l'état civil.*

SECTION V. — *Des cas où il n'y a pas de registre.*

CHAPITRE II. — DU DOMICILE D'ÉLECTION.

§ Ier. *Quand il y a domicile élu.*

§ II. *Effets du domicile d'élection.*

TITRE IV. — DES ABSENTS.

CHAPITRE Ier. — PRINCIPES GÉNÉRAUX.

CHAPITRE II. — DE LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE.

§ Ier. *Quand y a-t-il présomption d'absence?*

§ II. *Effet de la présomption d'absence quant aux biens de l'absent.*

§ III. *Effet de la présomption d'absence sur le mariage.*

§ IV. *Effet de la présomption d'absence sur les enfants.*

§ V. *Fin de la présomption d'absence.*

CHAPITRE III. — Deuxième période de l'absence.

Section I. — *De la déclaration d'absence.*

Section II. — *De l'envoi en possession provisoire.*

§ Ier. *Qui peut la demander.*

N° 1. Des héritiers présomptifs.

N° 2. De ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent.

§ II. *Sur quels biens porte l'envoi provisoire.*

§ III. *Effets de l'envoi provisoire.*

N° 1. Obligations des envoyés.

N° 2. Pouvoir d'administration.

N° 3. Droits des envoyés.

§ IV. *Rapports des envoyés en possession entre eux et avec les tiers.*

§ III. *Le code a-t-il consacré la doctrine des actes inexistants?*

CHAPITRE III. — DES CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

SECTION I. — *De l'âge.*

SECTION II. — *Du consentement des futurs époux.*

§ Ier. *De la capacité de consentir.*

§ II. *Des vices du consentement.*

N° 1. Quels sont les vices du consentement en matière de mariage?

N° 2. De l'erreur.

N° 3. De la violence.





§ Ier. *Qui peut former opposition?*

N° 1. Du conjoint.

N° 2. Des ascendants.

N° 3. Des collatéraux.

N° 4. Du tuteur et du curateur.

N° 5. Du ministère public.

§ II. *Formes de l'opposition.*

§ III. *Effets de l'opposition.*

N° 1. Principe général.

N° 2. De la mainlevée de l'opposition.

CHAPITRE IV. — NULLITÉ DU MARIAGE.

SECTION I. — *Principes généraux.*

§ Ier. *Des mariages nuls.*

N° 1. Quand le mariage est-il nul? et qui peut demander la nullité?

N° 2. Effet des nullités.

§ II. *Des mariages inexistants.*

N° 1. Le mariage inexistant donne-t-il lieu à une action en nullité?

N° 2. Application.

SECTION II. — *Des nullités relatives.*

§ Ier. *Vices de consentement.*

§ II. *Défaut de consentement des ascendants ou de la famille.*

SECTION III. — *Des nullités absolues.*

§ Ier. *De l'impuberté.*

§ II. *De la bigamie.*

§ III. *De l'inceste.*

§ IV. *De la clandestinité.*

No 1. Du défaut de publicité.

No 2. De l'incompétence de l'officier civil.

§ V. *Y a-t-il d'autres causes de nullité?*

§ VI. — *De l'action en nullité.*

Section IV. — *Effets de l'annulation.*

§ Ier. *Du mariage putatif.*

§ II. *Effets du mariage putatif.*

N° 1. Effets du mariage putatif quant aux enfants.

N° 2. Effets du mariage putatif quant aux époux, s'ils sont tous les deux de bonne foi.

N° 2. Effets du mariage putatif quant aux époux, si un seul est de bonne foi.

§ III. *Du mariage non existant.*



